

UNIVERSIDADE DE LISBOA

FACULDADE DE DIREITO



**O ESTATUTO DA CRIANÇA E A INDEMNIZAÇÃO DAS
AÇÕES DE “VIDA INDEVIDA”**

Dissertação realizada no âmbito do Mestrado em Direito e Prática Jurídica, na
especialidade de Direito Civil, sob orientação da Exma. Professora Doutora
Margarida Silva Pereira

JOANA SAMPAIO DE ANDRADE

2019

Aos meus pais

Á minha irmã Rita

Resumo

Temos assistido, nas últimas décadas, a grandes desenvolvimentos da tecnologia que não passam despercebidos à Medicina. Na mesma medida, temos verificado uma ligação íntima entre a Medicina e o Direito, que exige que este último seja capaz de dar solução às várias questões jurídicas que os desenvolvimentos da primeira têm trazido.

Um exemplo óbvio destas novas exigências feitas ao Direito pelos avanços da Medicina são os casos de todas as *wrongful actions*. No entanto, as últimas décadas têm encerrado respostas mais ou menos unânimes no sentido de indemnização dessas ações... Com exceção das *wrongful life actions*.

Estas ações, comunmente conhecidas em Portugal por ações de “vida indevida”, buscam a indemnização de uma criança por ter nascido deficiente por ato negligente do médico – não porque provocou diretamente a deformidade mas porque, ao violar a *leges artis*, não comunicou doença congénita aos pais que, por tal, não tiveram a possibilidade de consentir informadamente na prossecução da gravidez ou ponderar optar por IVG, nos termos do art.º 142º/1/c) CP.

A questão tem sido solucionada, não raramente, com a remissão para o instituto da Segurança Social, uma vez que o sujeito da pretensão padece de uma deficiência e se considera que necessitará de assistência e não de qualquer reparação do dano.

No entanto, na presente dissertação o que se pretende é demonstrar que estas ações devem ser indemnizadas pelo instituto da responsabilidade civil, com respeito não só pelo princípio da responsabilidade subjetiva mas também por toda a teleologia do Direito Substantivo Contemporâneo, nas várias áreas que envolvem a questão, com especial ênfase nas evoluções dos Direitos das Crianças que, ao consagrarem um novo e mais benéfico estatuto a essas personagens, exigem prioritariamente a sua indemnização.

Como tal, depois de uma abordagem que pretenderá uniformizar a questão com base no Direito Contemporâneo e demonstrar que a criança deverá ser indemnizada, irá proceder-se à análise dos pressupostos da responsabilidade civil de forma a verificar se

não será essa a via correta não para assistir a criança mas sim para, dentro dos possíveis, lhe reparar os danos causados por outrem.

Palavras-chave: vida indevida; nascimento indevido; consentimento informado; dano-vida; responsabilidade civil médica.

Abstract

In the last decades, we've been watching big developments of technology that can't pass unnoticed to Medicine. We've been watching, as well, a big connection between Medicine and Law, which makes an obligation of the last one to come up with solutions to the amount of questions that the development of the first has brought.

A great example of these new problems that Law faces thanks to the developments of Medicine are the *wrongful actions claims*. However, the last decades have, consensually, accepted those actions... Except for the *wrongful life claims*.

These actions want the indemnity of a child for being born with an handicap over a negligent act of a doctor – not because he cause the disease himself but because, by violating his *leges artis*, he didn't informed the future parents of that congenital illness, depriving them of an informed consent in pursuing the pregnancy or opting for an abortion, which they could do based on article 142°/1/c CP.

The solution to this question has been remitted, not rarely, to the Social Security institute, once the author of the action has an handicap. That, however, reflects the confusion between the need of assistance of the child and the need of repairing his damages.

In the present dissertation what we want to show is that these actions should be indemnified by the civil responsibility institute, respecting not only the principle of subjective responsibility but also the entire teleology of the Substantive Contemporary Law, in the areas that concern the problem, specially the Children's Rights that now devote a new and better status to those characters, demanding their restitution.

So, after an approach that would try a standardization of the question based on the Contemporary Law and that will try to show that the child should be indemnize, we'll be doing an analyses of the social responsibility requisites, demonstrating that that will be the correct way not to assist the child but to give her the possibility of seeing the damages repaired in the best possible way.

Key-words: *wrongful life; wrongful birth; informed consent; life-damage; civil medical responsibility.*

Índice

Abreviaturas	11
Introdução.....	14
Parte I.....	16
1. Triagem	16
2. Da Simbiose Direito-Medicina	19
2.1. Os Direitos do Paciente:	20
2.2. O Direito ao Consentimento Informado:.....	21
2.3. O Direito ao Diagnóstico Pré-Natal:	23
2.4. A prerrogativa do art.º 142º/1/c) CP:	25
3. Direito Comparado	27
4. Direito Nacional.....	37
Parte II	43
1. O Direito Contemporâneo.....	43
2. O Direito das Crianças	44
2.1. Os Direitos Internacionais e Constitucionais das Crianças:	47
3. O Direito das Pessoas Deficientes	50
4. O Direito do Maior Acompanhado	54
5. O Direito da Família	59
5.1. Responsabilidades Parentais:	60
5.2. A Audição da Criança:	61
5.3. LPCJP:.....	62
5.4. O Art.º 1887º-A:	64
5.5. A Lei nº 143/2015 e a LPMA:	66

6. O Direito dos Nascituros.....	71
7. O Direito do Dano Corporal	79
8. Posição do Tribunal Constitucional	83
Parte III.....	89
1. Responsabilidade Civil	89
2. O Facto.....	90
3. A Ilícitude	92
3.1. Novos Direitos Fundamentais:	94
3.2. Direito à não existência	96
3.3. Direito a nascer saudável.....	99
3.4. Direito à normalidade.....	100
3.5. Direito à conceção normal/saudável	100
3.6. Direito à vida com qualidade de saúde.....	102
3.7. Contrato com eficácia para proteção de terceiros	106
4. A Culpa	112
5. O Dano	114
6. O Nexo.....	127
7. Legitimidade Ativa.....	133
8. O Placebo da Segurança Social	139
9. Efeito bola-de-neve.....	142
10. Responsabilidade única do médico?	151
11. Contrato de Seguro.....	156
12. E uma Lei?.....	162
13. Perspetivas Futuras: a FIV.....	168
Conclusões.....	170
Bibliografia	172

Jurisprudência Nacional	181
Jurisprudência Estrangeira	183
Apêndices	186
Apêndice A – As “Wrongful Actions” por ato médico.....	I
Apêndice B – Posições Jurisprudenciais comparadas quanto à procedência das ações	II
Apêndice C – Pressupostos de RC nas “Wrongful birth” vs “Wrongful Life Actions”	IV
Apêndice D – Correção dos objeções ao pressuposto do dano	V
Apêndice E – RC por “Wrongful Life” do médico vs dos pais	VI
Apêndice F – Preenchimento dos pressupostos de RC perante o nascituro por comportamentos de risco.....	VIII

Abreviaturas

<i>Apud</i>	Citado por
Art.º	Artigo
CC	Código Civil
CDOM	Código Deontológico da Ordem dos Médicos
Cfr.	Confira
CP	Código Penal
CRC	Código de Registo Civil
CDC	Convenção dos Direitos das Crianças
CE	Comissão Europeia
CEDH	Convenção Europeia de Direitos do Homem e das Liberdades Fundamentais
CEPT	Contrato com eficácia para proteção de terceiros
CPC	Código de Processo Civil
CPP	Código de Processo Penal
CPS	Contrato de Prestação de Serviços
CRP	Constituição da República Portuguesa
CRPredial	Código de Registo Predial
DGPI	Diagnóstico Genético Pré-Implantatório
DPN	Diagnóstico Pré-Natal
DUDH	Declaração Universal dos Direitos Humanos
EOA	Estatuto da Ordem dos Advogados

EOM	Estatuto da Ordem dos Médicos
EP	Estabelecimento Prisional
FIV	Fertilização <i>In Vitro</i>
HIV	<i>Human Immunodeficiency Virus</i>
IA	Inseminação Artificial
IGAS	Inspeção-Geral da Atividade de Saúde
IVG	Interrupção Voluntária da Gravidez
LCS	Lei do Contrato de Seguro
LPCJP	Lei de Proteção de Crianças e Jovens em Perigo, Lei nº147/99, de 1 de Setembro com as alterações de Lei nº 26/2018, de 5 de Julho
LPMA	Lei da Procriação Medicamente Assistida, Lei nº 32/2006, de 26 de Julho com as alterações da Lei nº 49/2018, de 14 de Agosto
LTE	Lei Tutelar Educativa, Lei nº 166/99, de 14 de Setembro com as alterações da Lei nº 4/2015, de 15 de Janeiro
OM	Ordem dos Médicos
ONU	Organização das Nações Unidas
Op. Cit.	Previamente citado
OTM	Organização Tutelar de Menores, DL nº 314/78, de 27 de Outubro, revogado pela Lei nº 141/2015 de 8 de Setembro
PMA	Procriação Medicamente Assistida
RC	Responsabilidade Civil
RGPTC	Regime Geral do Processo Tutelar Cível, Lei nº 141/2015, de 8 de Setembro com as alterações da Lei nº 24/2017, de 24 de Maio
RJPA	Regime Jurídico do Processo de Adoção, Lei nº 143/2015, de 8 de Setembro

SAF	Síndrome de Anomalia Fetal
SNS	Sistema Nacional de Saúde
SS	Segurança Social
STJ	Supremo Tribunal de Justiça
TC	Tribunal Constitucional
TRL	Tribunal da Relação de Lisboa
TRP	Tribunal da Relação do Porto
UNICEF	United Nations Children's Fund

Introdução

Nos últimos séculos, o grande desenvolvimento da Medicina e das suas técnicas tem levado a alterações substanciais que não podem ser indiferentes ao Direito. De facto, desde a “desmistificação” da profissão médica que a responsabilidade dos seus profissionais tem aumentado e trazido novos desafios ao Direito.

Como tal, atualmente, o Direito vê-se em mãos com a necessidade de tutelar situações que antes lhe eram totalmente desconhecidas. Exemplo claro desses novos desafios são os casos das *wrong actions*, que surgem no século XX, derivando da despenalização do aborto em certas condições e da necessidade cada vez mais premente dos médicos cumprirem as suas obrigações de acordo com a *leges artis*, sobretudo por possuírem mais meios e conhecimentos para tal.

Por ser uma questão relativamente recente e que não alcança unanimidade nem no Direito Comparado nem no Nacional, a discussão reveste-se de especial interesse. A doutrina muito tem debatido a necessidade de indemnização destas ações em campo de responsabilidade civil ou com remissão para os fundos da Segurança Social, consoante se considere que existe mesmo um ilícito a ser compensado ou somente uma incapacidade de uma criança a ser assistida pelo Estado.

Ao lado das evoluções tecnológicas e dos conhecimentos médicos, eis que o Direito também tem evoluído, mudando de paradigma em questões tão relevantes como os direitos das crianças. Estas, durante séculos foram personagens esquecidas e propriedade dos seus progenitores até que, no séc. XX, finalmente, passaram a ser sujeitos de direitos, direitos esses a ser cada vez mais reconhecidos e uma batalha constante na nossa justiça. Como tal, a nova proteção do Direito às crianças, como se querará provar, exige a indemnização das ações de “vida indevida”, correndo-se o risco da coerência do Direito se perder se essas não forem afirmadas.

Apesar de termos de ter em conta que esta problemática extravasa as meras noções de Direito, tocando a Medicina, a Bioética e mesmo áreas mais frágeis como a moral e a religião, este estudo terá por base uma visão primordialmente civilista da

questão, o mais imparcial possível somente com algumas referências inevitáveis a esses vários ramos interligados da questão.

Portanto, a presente Dissertação junta duas grandes áreas, o Direito e a Medicina, numa avaliação sobre a segunda à luz da primeira e que denota até algumas semelhanças entre ambas, desde logo, como indica André Dias Pereira¹, por ambas visarem o serviço da pessoa e da vida.

Assim, pretende-se provar que o Direito atual e os seus desenvolvimentos exigem que as *wrongful life claims* sejam indemnizadas. Para tal, serão feitos alguns apontamentos introdutórios sobre a questão, seguidamente se apresentando uma análise Comparada e Nacional da questão, na jurisprudência; numa segunda parte do estudo, serão analisadas as evoluções e desenvolvimentos do Direito Contemporâneo, demonstrando a nova tendência do Direito a reconhecer as crianças enquanto sujeitos de direitos. No entanto, para compreensão da teleologia do nosso sistema atual e a sua coerência com a necessidade de indemnização, haverá outras áreas do Direito a ser abordadas, como serão as questões quanto a danos corporais; por fim, serão analisados os pressupostos da responsabilidade civil médica, de forma a compreender se será ou não possível indemnizar-se a criança com base nas regras tradicionais do Direito das Obrigações e serão feitas algumas reflexões sobre as soluções compagináveis com o justo ressarcimento da criança. Para melhor sintetização sobretudo do preenchimento dos pressupostos de RC, serão feitas remissões para alguns Apêndices no fim da Dissertação, com vista a uma melhor compreensão e aplicação prática da temática.

¹ PEREIRA, A. D., *Direito dos Pacientes e Responsabilidade Médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015, p. 20.

Parte I

1. Triagem

À semelhança do que acontece nos tratamentos médicos comuns, é preciso, primeiramente, separar os sintomas e todas as informações que permitam individualizar a situação em análise, separando diferentes diagnósticos e problemas. Essa separação de sintomas com a tomada de posição por uma especialidade é comumente designada por triagem, na Medicina. Curiosamente, essa separação – essa mesma triagem – será relevante no Direito, para compreendermos a distinção entre as *wrong actions*.

Portanto, podemos conceber alguns tipos de *wrong actions*: *conception/pregnancy*, *birth* e *life*^{2 3 4}, separando-se a primeira das outras duas por

² Com os desenvolvimentos que se têm verificado no campo da fertilização *in vitro*, também esta tem sido passível de erros médicos censuráveis, por condutas negligentes na área da obstetrícia. De facto, em 2009, nos EUA, apareceu a primeira – e única, que até agora se tenha registado – ação de *wrongful surrogacy*. Esta ação, enquanto pioneira e sem desenvolvimentos subsequentes idênticos, não é ainda contabilizada pela maioria da doutrina e jurisprudência, que não lhe fazem qualquer alusão. No entanto, porque os avanços das tecnologias, nomeadamente na Medicina, provavelmente aumentarão o número de ações de responsabilidade civil deste tipo, cabe explicar: um caso de *wrongful surrogacy* será aquele em que, devido a negligência médica, uma mãe realiza uma fertilização *in vitro* para engravidar do seu embrião (com o marido ou mesmo com doador)... Mas acaba por engravidar de embrião diferente, de outro casal. No caso americano, Carolyn Savage recorreu mesmo a uma clínica para engravidar, vindo a descobrir, mais tarde, que estava grávida do embrião de um casal terceiro. Assim, Carolyn e o marido tiveram de escolher entre prosseguir a gravidez e, posteriormente, lutar pela custódia da criança que nasceria daquela gravidez, contra os pais genéticos dessa; prosseguir a gravidez mas entregar a criança aos pais genéticos; ou abortá-la. O casal escolheu prosseguir a gravidez e entregar, posteriormente, a criança aos outros pais, não obstante terem conseguido acordar uma indemnização com a clínica pelo seu erro. Para mais desenvolvimentos sobre o caso vide VANGESSEL, M., *Wrongful Surrogacy: the need for a right of action in cases of clear negligence in: The Universe of Toledo Law Review*, Volume 46, nº 3, 2015, pp. 681-707.

³ Também se debatem, atualmente nos EUA, as ações de *wrongful adoption*, intentando-se ação de responsabilidade civil por ter sido escondido ou distorcido estado de saúde da criança adotada aos seus adotantes. No entanto, do que se trata aqui é de responsabilidade civil das pessoas e instituições que se encarregam do processo de adoção e que deveriam ter fornecido essas informações. Por não se tratarem de ações de responsabilidade médica, essas não serão abordadas na presente Dissertação.

⁴ Em português, falamos de ações de “gravidez indevida”, “nascimento indevido” e “vida indevida” mas as traduções estão longe de ser consensuais sendo que, *p.e.* em Espanha se têm alternado entre as expressões “nacimiento y vida errónea”, “por error” ou “injusto/a”.

Estas nomenclaturas não se encontram livres de críticas, desde logo por basearem formulações éticas e morais que se consideram inadmissíveis, nomeadamente deixando a ideia de que haveria um juízo negativo de valor no nascimento de alguém.

Não fará sentido perder muito tempo a criticar estas formulações conceituais, uma vez que demasiadas delongas quanto à semântica da questão retiraria o foco do verdadeiro problema em causa. De facto, citando o TC no Acórdão nº 55/2016: “Trata-se, em qualquer dos casos, de designação excessiva no seu significado semântico imediatamente apreensível, relativamente ao que verdadeiramente está em causa neste contexto: que é, fundamentalmente, um problema de responsabilidade civil indemnizatória, de

haver um comportamento lesivo diferente mas todas tendo por base um ilícito que provoca um nascimento que não deveria ocorrer ou que ocorreu em condições diferentes das expetáveis.

As ações, regra geral, surgem no contexto de acompanhamento clínico de uma mulher em cuidados pré-natais⁵. Assim, numa primeira fase, podemos encontrar as *wrongful conceptions*, em que o dano consistirá na frustração de planeamento familiar, com o nascimento de uma criança que não deveria nascer por os pais pelo menos considerarem que andavam a tomar as cautelas necessárias para o evitar. Serão os casos de uma esterilização mal realizada ou mesmo de contraceptivos mal recomendados pelo médico, frustrando o direito de não reprodução dos pais. Assim, só esses pais poderão pedir a indemnização do dano ao responsável que se tinha comprometido a evitar a gravidez, uma vez que, regra geral, falamos de nascimentos saudáveis mas que foram, simplesmente, uma surpresa que se deveria revelar impossível.

Os casos que mais nos interessarão, no entanto, não estão relacionados com nascimentos saudáveis mas sim com o nascimento de uma criança deficiente. No contexto clínico, ambas as ações de “nascimento” e “vida indevida” encontram a sua base no nascimento de uma criança *com uma deficiência originária*⁶ que não foi informada aos progenitores pelo médico, preterindo-lhes o direito a decidir informadamente se queriam prosseguir com a gravidez ou interrompe-la, dentro dos limites legais do art.º 142º/1/c) CP. Assim, apesar do comportamento ilícito que origina o dano ser o mesmo, as ações variam consoante os autores que as intentam: nos “nascimentos indevidos”, os autores são os pais; nas “vidas indevidas”, os próprios filhos que nascem deficientes⁷.

alcance bem mais restrito que o sugerido pela "força" literal implícita em expressões indiscutivelmente "malsonantes".

Como tal, não deverá nunca a designação das ações ser um entrave – meramente ilusório – à análise do que elas verdadeiramente põe em causa, que é a necessidade de censurar uma má prática médica.

⁵ Para melhor exemplificação das *wrongful actions* unicamente em contexto clínico porque intrinsecamente relacionado com o tema da Dissertação, vide Apêndice A (portanto, excluindo-se, nesse, *wrongful life actions* contra pais, não obstante as mesmas acabarem por ser referidas brevemente *infra*).

⁶ Para evitar possíveis confusões, importa reforçar que a criança nasce deficiente por doença congénita e não por qualquer causalidade externa, nomeadamente por ação do médico. De facto, falamos de deficiências congénitas que o médico não provocou e não poderia evitar mas a sua responsabilidade resulta de não ter informado os pais dessa mesma infelicidade, o que viola o seu direito de escolha.

⁷ Será de notar introdutoriamente que se perspetiva que, com os avanços da FIV, venham a surgir também, enquanto ações de responsabilidade médica de *wrongful life*, pretensões baseadas na violação do dever de informação resultante de DGPI, apesar de ainda nenhuma ter sido intentada.

No entanto, não podemos deixar de notar que, fora do contexto clínico, as *wrongful life actions* poderão ainda existir quando uma criança deficiente intenta ação contra os pais por ter nascido com essas malformações e por esses não terem interrompido a gravidez, nomeadamente quando já conheciam da malformação ou porque essa tinha mesmo sido provocada por um comportamento lesivo deles (os exemplos paradigmáticos destes casos serão os de mães toxicodependentes ou mesmo o caso de um progenitor decidir procriar apesar de padecer do vírus da HIV). Ainda, poderemos mesmo falar de casos em que os filhos intentam ações contra os pais por considerarem que não deveriam ter nascido tendo em conta certas adversidades como será, *p.e.*, a sua condição social.

O presente estudo irá focar-se simplesmente nas ações de *wrongful life* intentadas por uma criança deficiente, especialmente contra médico, buscando na teleologia do Direito Contemporâneo a necessidade destas serem indemnizadas. Desde já se adianta que também no século XX se desenvolveram os Direitos das Crianças, encontrando-se, nas razões desse desenvolvimento, também, grande parte das razões para se aceitar a indemnização das ações a analisar.

Para mais desenvolvimentos sobre DGPI e os consequentes deveres de informação dele decorrentes, *vide* **MANSO, L. B.**, *O dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal e diagnóstico genético pré-implantação* in: *Lex Medicinæ*, Ano 8, nº 16, 2011, pp. 150-154.

2. Da Simbiose Direito-Medicina

Tem-se verificado, cada vez mais, desde o século XX, um grande aumento dos litígios judiciais que demandam os profissionais médicos pela sua atuação ou omissão nos cuidados de saúde. Esta forma de reação “nova” dos pacientes contra os seus cuidadores denota a grande mudança que se tem verificado na visão da Medicina e do médico. De facto, abandona-se finalmente o Paternalismo Médico⁸, deixando de se ver a arte médica enquanto algo que estava no plano religioso e em que havia a supremacia do médico face ao doente.

Esta ideia do médico enquanto um ser divino, próximo de Deus, prolongou-se durante toda a Idade Média e ainda no século XIX em que, de forma perversa, o excesso de informação técnica levava ao afastamento do conhecimento de qualquer cidadão leigo.

No entanto, em meados do século XX muda-se esse paradigma, nomeadamente pela valorização superior dos direitos dos cidadãos devido à experiência Alemã aquando da II Guerra Mundial. A experimentação humana que se fez levou mesmo a que se viesse a sufragar o primeiro Código⁹ que referenciaria a necessidade de consentimento dos pacientes para experimentações. Essa seria a base para, volvidos sensivelmente 30 anos, se vir a sufragar o consentimento geral dos pacientes para intervenções médicas, na Declaração de Lisboa, de 1981.

Assim sendo, o facto de a informação se ter tornado cada vez mais cognoscível para os cidadãos, conjugado com grandes transformações sociais e jurídicas¹⁰, levaram a que se abandonasse o Paternalismo médico e, finalmente, se valorizasse a autonomia e liberdade dos pacientes.

⁸ O Paternalismo Médico tem os seus fundamentos, desde logo, nos escritos de Hipócrates, que considerava mesmo que o médico deveria esconder tudo do paciente, de forma a ele não conhecer o seu estado de saúde. Tal ideia tinha como fundamento a necessidade de se manter a plenitude da liberdade técnico-científica de toda a atuação médica, evitando-se possíveis constrangimentos externos, como fossem opiniões do próprio interessado no tratamento.

Esta falta de informação era mesmo mitigada já nestes escritos mas ainda não, como atualmente, enquanto qualquer direito do paciente.

⁹ Falamos do Código de Nuremberga, de 1947.

¹⁰ Nomeadamente a inclusão das relações médicas nas relações contratuais, desde a decisão francesa de 1936 (o famoso *arrêt “Mercier”*), que as passou a fazer reger pela paridade dos particulares.

Esta mudança de paradigma conduziu, então, a uma maior responsabilidade dos médicos que, quando não cumprida, nomeadamente por má prática médica ou negligência, passa a comportar consequências jurídicas. Portanto, o aprimorar das técnicas médicas apresenta-se como uma faca de dois gumes: por um lado, possibilita ao médico exercer a sua arte de forma mais rigorosa e auxiliar cada vez melhor os seus pacientes; por outro lado, onera-o com uma maior responsabilidade, permitindo que venha mesmo a ser perseguido pelo instituto da responsabilidade civil, já no âmbito do Direito.

Independentemente de todas as considerações que deverão ser feitas ao longo deste estudo, uma certeza já restará: atualmente, o Direito e a Medicina são áreas que se cruzam e a simbiose entre as duas será cada vez maior, uma vez que a Medicina é uma atividade de riscos... Riscos esses a ser tutelados pelo Direito.

2.1. Os Direitos do Paciente:

Paralelamente a esta evolução da visão dos profissionais médicos, a “ingerência” do Direito na Medicina emergiu também da criação de direitos das partes, na relação médico-paciente. Esses direitos, nomeadamente os dos pacientes¹¹, têm sido objeto de várias leis nas sociedades ocidentais. A tônica dessas leis tem-se colocado sobretudo no princípio da autonomia¹² do paciente, com o aparecimento do consentimento informado e o acentuar dos deveres de informação na relação médico-paciente.

Como tal, têm surgido leis por todo o Mundo: na Europa, com a aprovação da Diretiva 2011/24/EU, a harmonização das legislações europeias tem vindo a ser cada

¹¹ Reforce-se que não são só os pacientes que têm direitos na relação médico-paciente. Pelo contrário, haverá tanto direitos como deveres de ambas as partes. No entanto, como o nosso estudo se baseia em violação de dever de informação por parte do médico, cingir-nos-emos aos direitos dos pacientes e deveres do profissional médico no âmbito do esclarecimento.

No entanto, para mais desenvolvimentos dos direitos e deveres de ambas as partes, *vide* PEREIRA, *Direito dos pacientes...*, *Op. Cit.*

¹² O princípio da autonomia é precisamente uma das marcas da mudança de um modelo paternalista da relação médico-paciente para uma conceção antropológica, que se centra no paciente enquanto sujeito dotado de consciência e liberdade para tomar decisões referentes ao seu corpo e tratamento. Com isso, afasta-se a ideia de superioridade intelectual do médico, passando a basear-se essa relação na já referida paridade e com respeito pela dignidade inerente a cada ser humano.

vez mais proliferada, com leis com os direitos dos pacientes a serem publicadas, *p.e.*, na França, Bélgica e Espanha. Por outro lado, também quase todos os Estados dos EUA têm, atualmente, legislação nesse sentido.

Assim sendo, como se viu, o Direito por todo o Mundo tem vindo a aceitar os direitos dos pacientes, com especial relevo para a necessidade de os pacientes prestarem consentimento informado nas intervenções que lhes digam respeito, o que torna mais importante ainda e premente discutir as consequências que poderão advir da falta de informação a prestar por um médico, sobretudo quando, de tal comportamento, resultar um nascimento que provoca, inevitavelmente, sofrimento para o nascituro e os seus familiares.

2.2. O Direito ao Consentimento Informado:

Será necessário fazer mais algumas ressalvas quanto ao que aqui se trata, ao falar dos direitos de informação e o consentimento informado dos pacientes, uma vez que é com base na violação desses que se colocam as ações de “vida indevida”.

Como ficou dito, desde o Código de Nuremberga que várias Declarações Internacionais têm mencionado a necessidade de consentimento informado, sendo que os documentos referentes a isso também se multiplicam a nível europeu, nomeadamente na Carta dos Direitos Fundamentais da UE¹³, e ainda a nível Universal, nos art.ºs 6º e 7º da Declaração Universal sobre Bioética e Direitos Humanos, de 2005.

A nível nacional, o consentimento informado vem previsto nos mais diversos documentos: por um lado, encontramos logo duas disposições constitucionais que sustentam a necessidade do esclarecimento e consentimento para atividades médicas no corpo dos pacientes, nos art.ºs 25º e 26º/3, de onde se retira um direito ao livre desenvolvimento da personalidade. O CP também trata da questão, postulando um

¹³ O art.º 3º/2 dita mesmo: “No domínio da medicina (...) devem ser respeitados, designadamente: o consentimento livre e esclarecido da pessoa, nos termos da lei”.

crime de “Intervenções ou Tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários¹⁴” e os requisitos para se dar como cumprido o “Dever de esclarecimento” do médico, no art.º 157º, para o paciente prestar o consentimento necessário a obstar à punição criminal do artigo anterior. Já no âmbito civil, no art.º 70º CC, que prevê uma tutela geral da personalidade, deverá encontrar-se uma proteção do direito especial de liberdade da vontade e autodeterminação do paciente, não se esquecendo também o art.º 485º em que há a obrigação de indemnizar por quem tinha o dever jurídico de dar uma informação mas que não o fez por ato negligente.

No âmbito jurisprudencial, a tendência tem sido considerar que, quando haja contrato, sempre haverá um dever contratual do médico prestar informação ao paciente. Mesmo assim, independentemente de qualquer contrato, sempre haverá a violação dos direitos de personalidade do paciente, até aqui referidos e, pelo art.º 44º do CDOM, uma violação de um dever profissional.

O consentimento informado, porquanto plenamente consolidado em muitos países, incluindo o nosso, tem como principal finalidade permitir que o paciente tome uma “*informed choice*”, conhecendo os riscos da intervenção e as suas consequências, passando assim a responsabilizar-se também pela atuação em causa, enquanto se mantém dono e senhor do seu próprio corpo.

Portanto, da necessidade de consentimento informado para qualquer intervenção, surgirão duas questões importantes e sequencias: primeiramente, haverá um direito ao esclarecimento do paciente, acompanhado do consequente dever do médico de o prestar, devendo a informação ser clara, suficiente e verdadeira; obtida essa informação, a ser ponderada com base no paciente médio e com as nuances que cada caso concreto traga, o paciente terá o direito de livremente aceitar ou não a intervenção que lhe é proposta.

Estes deveres médicos existem para qualquer intervenção num paciente, quer seja para a realização de DPN, como para a comunicação dos seus resultados e a tomada de decisão quanto à prossecução de uma gravidez, com base nesses.

¹⁴ Segundo o art.º 156º, serão tratamentos médico-cirúrgicos arbitrários aqueles que se realizarem sem o consentimento do paciente, salvo as exceções à necessidade de obtenção desse consentimento no nº2 do artigo.

2.3. O Direito ao Diagnóstico Pré-Natal:

O art.º 67º da CRP alude à proteção da família, o que postula um direito ao planeamento familiar. Esse direito apresenta-se em várias vertentes, desde o direito a escolher ou não casar, não ter filhos ou escolher quantos sequer. Portanto, o texto constitucional permite, atualmente, que qualquer pessoa seja livre e disponha da sua vida, incluindo a sua vida familiar, respeitando as bases que temos assinalado quanto à autonomia de cada pessoa.

Assim sendo, a previsão da autonomia de cada paciente, a ter em conta o seu consentimento para qualquer intervenção no seu corpo, relacionada com o direito ao planeamento familiar do mesmo, leva à existência de diagnósticos médicos que permitem facultar informação relevante aos futuros progenitores quanto ao estado dos seus fetos.

Com base nas diretrizes do art.º 67º, na Lei 3/84 de 24 de Março, haverá, nesse sentido, a relevância do aconselhamento genético, enquanto forma dos progenitores se informarem quanto a possíveis fatores genéticos que possam levar a problemas hereditários do feto ou mesmo para analisar o estado de saúde do feto, na maioria dos casos - e precisamente no que aqui nos interessa - quando tenham razões fundadas de que ele poderá nascer com anomalias congénitas.

Para se realizar este aconselhamento genético enquanto direito de informação que assiste aos futuros pais recorre-se aos chamados Diagnósticos Pré-Natal. Estes poderão mesmo servir vários propósitos, como verificar a filiação de determinado nascituro, o seu sexo ou, de forma mais invasiva, descobrir se a criança padecerá já de qualquer anomalia congénita.

São poucas as disposições, no nosso sistema jurídico, que legislam sobre o diagnóstico pré-natal. Só em 1997, a Ministra da Saúde publicou o Despacho nº 5 411¹⁵,

¹⁵ No preâmbulo do Despacho, a Ministra explica a razão de ser do diploma, focando a existência de “mudanças significativas na área da saúde materna e infantil em Portugal (...) assumindo as anomalias e as doenças genéticas maior importância para os serviços de saúde e para a própria sociedade”. Por isso mesmo, o DPN “tem vindo a constituir-se um componente essencial da prestação de cuidados de saúde pré-natais”.

em que orientou algumas regras da organização das unidades de saúde envolvidas em DPN e, sobretudo, definiu os princípios dessa atividade.

O DPN consiste no “conjunto de procedimentos que são realizados para determinar se um embrião ou feto é portador ou não de uma anomalia congénita” (art.º 1º Despacho)^{16 17}. Apesar de parecer contrariar o art.º 64º CRP, a verdade é que estes diagnósticos, por os seus meios serem escassos, exigem uma ponderação das necessidades dos utentes, limitando-se o seu acesso às mulheres que pertencem às “categorias de risco” enumeradas no art.º 2º do Despacho. Soma-se a essa escassez de meios, o facto de esta prática ser invasiva, podendo mesmo interromper a gravidez da mulher. Por isso mesmo, o DPN limita-se aos casos em haja probabilidades sérias de anomalia da criança uma vez que a sua utilização sem suspeitas poderá levar a interrupções espontâneas da gravidez de fetos saudáveis, de forma injustificada¹⁸.

Claro está que os casos de “vida indevida” postulam situações em que as mulheres se inseriam numa categoria de risco e havia a necessidade de se realizar um DPN. De facto, estes são os casos concretos em que o objeto principal do contrato é mesmo a realização e a comunicação do próprio diagnóstico com o objetivo de se despistar ou não doenças congénitas. Daí que André Dias Pereira¹⁹ considere que estamos, aqui, “paredes meias entre os problemas do consentimento informado e o *erro médico*” uma vez que falamos de problemas de informação que resultam mesmo de um erro técnico por parte do médico.

¹⁶ Para a Organização Mundial de Saúde, o DPN encontra-se definido como “todas as ações pré-natais que tenham por fim o diagnóstico de um defeito congénito, entendendo-se como tal toda a anomalia do desenvolvimento morfológico, estrutural, funcional ou molecular presente ao nascer, externa ou interna, familiar ou esporádica, única ou múltipla”. Para mais desenvolvimentos sobre DPN *vide* MARTINS, A. C., *Bioética e diagnóstico pré-natal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996, pp 35-48.

¹⁷ Os DPNs podem distinguir-se em vários tipos: por um lado, poderão ter uma finalidade unicamente informativa, ao visar detetar se o feto tem qualquer malformação, ou ainda uma finalidade terapêutica, visando proceder ao tratamento dessa mesma deformidade; poderão, por outro lado ser classificados em técnicas imagiológicas – para visualizar a estrutura do embrião – ou técnicas extratoras de material biológico; por fim, o DPN poderá ser uma prática invasiva, que implique a recolha de células do feto (*p.e.* amniocenteses ou embriocopias), ou não invasiva, ou seja, que respeitam a integridade física do embrião, como sejam as ecografias.

São, somente, os diagnósticos invasivos que são objeto do Despacho referido.

¹⁸ É esta a ideia subjacente ao princípio do art.º 3º/a).

¹⁹ PEREIRA, A. D., *O Consentimento informado na relação médico-paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004, pp. 374-375;

2.4. A prerrogativa do art.º 142º/1/c) CP:

O problema torna-se mais significativo quando se confronta esta questão com o dispositivo do art.º 142º/1/c) CP. Claramente já seria reprovável que o médico tivesse preterido direitos do paciente, não lhe dando a informação necessária para, pelo menos, se preparar para o nascimento anómalo do seu filho. No entanto, o art.º 142º faz com que já não se fale apenas de uma retirada de preparação aos progenitores mas mesmo de uma preterição da possibilidade de realizar uma IVG não punível.

Ora, não irei entrar em grandes considerações sobre o art.º 142º mas considero importante repudiar a visão de qualquer direito ao aborto. Apesar de se prever uma exceção ao crime do art.º 140º, a verdade é que não há qualquer direito, enquanto poder subjetivo de alguém, a abortar um seu feto. O que não haverá é a punibilidade do crime quando a IVG se realize numa das circunstâncias enumeradas taxativamente²⁰.

Seja como for, falamos de uma faculdade dos progenitores, nomeadamente da mãe do nascituro. Aliás, falamos mesmo de uma prerrogativa, uma “vantagem”²¹ de a progenitora, com base no seu direito ao planeamento familiar, optar ou não por prosseguir uma gravidez que, claramente, mudará o curso normal que, provavelmente, tinha previsto para a sua família.

Portanto, o que se passa sintetiza-se no facto de que o direito prevê uma faculdade à mãe com base no seu direito ao planeamento familiar e maternidade consciente que é preterido por um comportamento negligente do médico (ao não prestar os seus deveres de informação) e que até inviabiliza o consentimento da mãe em prosseguir a gravidez. Como tal, uma decisão que apenas competiria à mulher grávida – e, eventualmente, ao pai do nascituro – passa a ser tomada pelo médico, que não tem qualquer legitimidade para tal.

Em suma, ao preterir, com o seu comportamento, a prestação de informações que devia, o médico inviabiliza um poder de decisão da mãe, violando os seus vários

²⁰ Para tal visão corrobora, claramente, o sentido literal do art.º 142º: “Não é punível a interrupção da gravidez”.

²¹ No sentido de dar um poder de escolha a uma mãe, enquanto discriminação positiva, em relação às outras.

direitos que temos vindo a destacar e causando danos com o nascimento de uma criança em condições anómalas e inesperadas.

Portanto, será de reter, para melhor compreensão da factualidade em causa nas ações de “vida indevida” que: os médicos já não são vistos enquanto seres divinos, não dispondo de qualquer imunidade face ao Direito quando incumpram os seus deveres enquanto prestadores de serviços; um dos deveres médicos para com o paciente é o de prestar esclarecimentos para o paciente poder exercer o seu direito ao consentimento informado. Num caso de *wrongful life* ou não se realiza DPN que devia ter realizado ou é realizado DPN cujos resultados não são comunicados devidamente aos pais, preterindo os tais direitos a que aludimos: o de esclarecimento e de consentir livremente na prossecução da gravidez; prossecução essa que chegava mesmo a ser “facultativa”, uma vez que o art.º 142º/1/c) CP possibilita a realização de IVG, não punível para estes casos.

Portanto, violaram-se normas quanto ao dever de informação e consentimento que trazem consequências patrimoniais e não patrimoniais num seio familiar e, sobretudo, a uma criança que nasce extremamente incapacitada. O Direito deve ou não reagir? É a isso que se pretende responder com as reflexões que se seguem.

3. Direito Comparado

Tendo em conta que estas ações se apresentam como relativamente novas, e têm sido poucas vezes julgadas no nosso país, não será possível atender à questão sem uma primeira análise da jurisprudência comparada.

Foi do outro lado do Atlântico que a questão apareceu primeiro, sendo lá mais desenvolvida e julgada, nas suas várias vertentes. De facto, os vários Estados americanos têm sido chamados a pronunciar-se quanto às ações de *wrongful birth e life*, estas últimas, quer contra pais, quer contra médicos.

Ora, o célebre caso que nomeou²² estas ações foi o caso *Zepeda v Zepeda*. Nesse, o Autor apresentava-se como um filho que queria responsabilizar o pai por ser ilegítimo. Baseava-se, portanto, no facto de o pai ter enganado a sua mãe para ter relações sexuais, prometendo que se casariam quando, na realidade, o réu já era casado. Efetivamente, o tribunal reconheceu que advinham prejuízos para o Autor da sua condição de bastardo mas recusou que houvesse uma causa para aquela ação, na lei. Somou-se a isso o receio de que se estivesse a possibilitar o aparecimento de muitas ações deste tipo, sobretudo para crianças que nascessem com deformações, razão pela qual concluíram que, para a procedência destas ações, deveria mesmo haver uma pronúncia do legislador nesse sentido.

Três anos volvidos, novo caso de *wrongful life* regressa aos tribunais de Nova Iorque, mais uma vez com fundamento em ilegitimidade do filho mas contra o Estado e não contra os progenitores, no caso *Williams v State*²³. A indemnização, mais uma vez, foi recusada, alegando-se que “being born under one set of circumstances rather than another (...) is not a suable wrong that is cognizable in court”. Para mais, é nesta ação que surge, pela primeira vez, uma das principais críticas às ações de “vida indevida”: “The damages sought by the plaintiff in the case at bar involve a determination as to

²² A nomenclatura *wrongful life* justifica-se pelo facto de o tribunal ter entendido que o Autor estaria mesmo a protestar contra a sua própria vida.

²³ O caso relata o pedido de indemnização de um filho, que funda a sua pretensão no facto de o Estado não ter protegido a sua mãe de uma violação da qual resultou o seu nascimento, quando esse dever de cuidado lhe assistia especialmente por estar internada num hospital psiquiátrico público. Apesar de o Autor alegar ter-se visto privado de uma infância normal, com amor, suporte e assistência, o tribunal considerou que o seu principal prejuízo seria a sua ilegitimidade.

whether non-existence or nonlife is preferable to life as an illegitimate with all the hardship attendant thereon. It is impossible to make that choice”.

O primeiro caso que já tratava de negligência médica só se apresenta um ano depois, em 1967, com *Gleitman v Cosgrove*, em New Jersey. Este, para além de um caso de “vida indevida”, é também a primeira ação de *wrongful birth*. No entanto, a ação não é bem-sucedida, com a improcedência de ambos os pedidos, ao reconsiderarem o argumento de que não seria possível fazer a comparação entre a vida deficiente e a não existência.

Gerou-se uma tendência jurisprudencial de improcedência das ações de *wrongful life*, que se manteve durante muitos anos, ao contrário das ações de *wrongful birth*. De facto, quando se deu a alteração legislativa quanto à interrupção voluntária da gravidez, os pais passaram a poder receber tendencialmente uma indemnização por “nascimento indevido”.

Não obstante a tendência para improcedência das ações das crianças, encontram-se algumas exceções, como o caso *Park v Chessin*²⁴. Nesse, pela primeira vez, o tribunal vem não só atribuir indemnização à mãe, com base no seu direito constitucional de ter ou não filhos mas considera que esse direito baseará também o direito da filha “to be born as a whole, functionable human being”, que deveria também ser indemnizada. No entanto, esta decisão foi rapidamente corrigida pelo Court of Appeal que considerou que não tinham sido violados quaisquer interesses da criança e que se falava mesmo de uma *Hobson’s choice* entre a vida deficiente e a não vida.

Foi na Califórnia²⁵, em 1980 que, finalmente, se tomou definitivamente uma decisão favorável a ambos os casos de *wrongful life e birth*, em *Curlender v Bio-Science Laboratories*. A decisão de indemnizar a criança, contrariamente ao que se apregoava,

²⁴ Em Nova Iorque, em 1977, uma mãe, para evitar que, pela segunda vez, concebe-se uma criança que nasceria com rins poliquísticos e teria pouca esperança de vida, consultou um médico. Esse garantiu que a doença da mãe não era hereditária e que as probabilidades de voltar a ter uma criança com esse problema eram nulas. No entanto, a sua filha nasce igualmente com a mesma doença que a irmã, que tinha morrido 5 horas depois do parto. Como tal, os progenitores vêm pedir indemnização por danos próprios e da filha.

²⁵ Note-se desde já que a Califórnia sempre se apresentou como um Estado mais favorável a estas ações. De facto, dois meses depois de *Gleitman*, em que se rejeitam ambas as *wrong actions*, no caso *Custodio v Bauer*, os tribunais aceitaram que uma mãe deveria ser indemnizada por uma esterilização mal feita que originou o nascimento de uma criança, mesmo que saudável. O caso esclarece que, apesar do benefício que pode haver da felicidade de ver nascer uma criança, a verdade é que poderão mesmo haver prejuízos a ser indemnizados e que o “benefício” a buscar deveria ser no interesse dos autores e não genericamente calculado. O mesmo se verificou quanto à indemnização de uma mãe em *Stills v Gratton*.

não foi baseada num direito a não nascer mas sim no facto de a negligência médica ter levado a uma existência de sofrimento²⁶. Afastam também a objeção de que se estaria a permitir, eventualmente, ações contra os pais, uma vez que aí se falaria do direito constitucional dos pais a constituir família e ter filhos. Porque essa afirmação poderia não ser suficiente, foi alterada a Section 43.6 do Civil Code of California, passando esse a indicar que “(a) no cause of action arises against a parente of a child based upon the claim that the child should have been not conceived or, if conceived, should not have been born alive”; (b) the failure of refusal of a parente to prevent the live birth of his or her child shall not be a defense in any action against a third party, nor shall the failure or refusal be considered in awarding damages in any such action”.

Curiosamente, apesar deste avanço jurisprudencial, dois anos depois, o mesmo Estado da Califórnia vem contradizer a jurisprudência *Curlender*, no caso *Turpin v Sortin*, no Court of Appeal. A coerência foi, no entanto, restabelecida no Supreme Court of California, concedendo-se indemnização à criança por *wrongful life* contra um médico mas não lhe atribuindo a totalidade da indemnização pedida, reduzindo-a aos *special damages*²⁷. Reforçam, exemplarmente, que seria anormal e ilógico conceder uma indemnização aos pais mas não à criança e tomam mesmo a medida de a indemnizar... mas só podendo dispor da indemnização depois de maior, para não se duplicar o ressarcimento²⁸.

Com base nestas decisões, as ações de procedência para as crianças passaram a ser aceites por alguns Estados, nomeadamente Washington²⁹ e New Jersey³⁰, não obstante haver mesmo Estados que já possuem uma lei contra as ações das crianças³¹.

²⁶ “The reality of *wrongful life* concept is that such a patient both exists and suffers” (sublinhado nosso).

²⁷ A *Common Law* distingue, normalmente, entre *general* e *special damages*. No contexto prescrito, os primeiros consistiriam em todos os custos com a vida da criança e, os segundos, reduzir-se-iam ao acréscimo de despesas pela sua circunstância deficiente.

²⁸ Apesar de compreender a génese da decisão do tribunal, essa condição à indemnização parece-me pouco lógica. No entanto, remete-se a questão para a parte especial sobre o ressarcimento necessário da criança.

²⁹ Cfr. *Harbenson v Parke Davis, Inc* de 1983;

³⁰ Cfr. *Procanik v Cillo* de 1984.

³¹ Como exemplo, encontramos mesmo o Estado de Utah como pioneiro que, em 1983 promulgou um *Wrongful Life Act*. Sobre estas, o segundo estatuto refere: “A cause of action shall not arise, and damages shall not be awarded, on behalf of any person, based on the claim that but for the act or omission of another, a person would not have been permitted to have been born alive but would have been aborted”. À sua semelhança, disposição no mesmo sentido se encontra agora em Estados como Indiana, Michigan, Minnesota, Missouri, North Dakota.

Já noutro continente, a experiência destas ações em Israel foi peculiar: durante 26 anos (1986-2012) em que estas questões foram debatidas em tribunal, a procedência foi comumente dada a quer as ações de “nascimento” como de “vida indevida”³². No entanto, em 2012, com o caso *Hammer et al. v. Prof. Amit et al.* reverteu-se a posição da jurisprudência Israelita, confirmando-se a indemnização por “nascimento indevido” aos progenitores mas negando, pela primeira vez, a compensação da criança. A principal razão para esta mudança de paradigma encontra-se nas várias críticas que tinham sido feitas à procedência das *wrong actions*, considerando-se que eram discriminatórias e mesmo um incentivo ao aborto de crianças deficientes, o que impulsionou a promulgação do Equal Rights for People with Disabilities (1998), legislação muito citada no caso *Hammer* para obstar à procedência de *wrongful life*³³.

As ações encontram-se muito difundidas pela Europa. A sua tendência tem sido semelhante à norte-americana, a evoluir no sentido da procedência das ações de “nascimento indevido” mas já não de “vidas indevidas”. Será curioso, porém, notar algumas evoluções jurisprudenciais vizinhas.

Na Alemanha, quanto à *wrongful conception*, os tribunais não têm tido dificuldades em reconhecer uma indemnização quer por esterilização falhada como por IVG mal realizada.

Numa decisão já sobre o novo regime de IVG³⁴, o Tribunal Constitucional Federal Alemão pronunciou-se no sentido de uma criança não poder ser considerada uma fonte de danos, por razões constitucionais, motivo pelo qual não se poderia considerar como dano ter de dar alimentos à criança. Isso, no entanto, foi alvo de reconsideração pelo BGH³⁵, permitindo-se mesmo que esses alimentos a uma criança fosse visto como dano, levando a que as *wrong actions* sejam tendencialmente aceites na Alemanha, com exceção das *life*.

Os nossos vizinhos espanhóis, até 1997, só se vinham a pronunciar por ações de *wrongful conception*. A ação pioneira do Supremo Tribunal de Justicia das nossas

³² *P.e. Zeitsov v. Katz* (1986).

³³ Para mais desenvolvimentos sobre a jurisprudência israelita, vide **MOR**, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth Claims in Israel In: Studies in Law, Politics and Society*, Volume 63, Emerald Group Publishing Limited, 2014, pp. 113-146.

³⁴ *Schwangerschaftsabbruch II*, de 28 de Maio de 1993.

³⁵ Com essa tomada de posição, o BGH limitou-se a concordar com as decisões anteriores que já tinham sido dadas sobre a matéria, sendo que desde 1981 vinham sendo aceites as ações por *wrongful birth*.

ações, nesse ano³⁶, concedeu uma indemnização por *wrongful birth* mas os casos subsequentes, a cumular igualmente pedido por “vida indevida” foram consistentemente rejeitados.

A tendência muda, em 2010³⁷, num caso em que foram trocados os resultados de DPN entre duas grávidas, sendo que uma delas deixou de saber que o seu filho ia nascer com Síndrome de Down, sendo informada de que a criança estava saudável. Nesta ação, para além da indemnização por “nascimento indevido” é concedida também uma indemnização em forma de pensão vitalícia mensal à criança.

Já a *Common Law* inglesa tem sido muito avessa à procedência das *wrong actions*, sendo que até as “gravidezes indevidas” têm visto a sua indemnização reduzida por não se poder considerar que um nascimento saudável seja um dano para os pais.

Com essas limitações em mente, logicamente, a única ação de “vida indevida” em Inglaterra foi rejeitada em *McKay v Essex Area Health Authority*, por quatro principais razões: não haveria um dever da parte do médico para com o feto de propor o fim da sua vida; um direito nesse sentido comprometeria mesmo o valor da vida humana; haveria dificuldades para calcular o dano; e poderia levar a que os médicos passassem a aconselhar a IVG, mesmo em casos duvidosos.

Esta última ideia está mesmo subjacente à promulgação do *Congenital Disabilities Act*³⁸ de 1976. Segundo a Section I desse Ato, uma criança poderá mesmo pedir uma indemnização por um dano com que nasça se os réus eram responsáveis pelo ato do qual resultou a lesão. Ou seja, excluem-se as causas naturais de que resultam deficiências enquanto forma de ressarcimento da criança mas igual limitação não se encontra quando os pais sejam os demandantes, abrindo-se a porta a “nascimentos indevidos” mas não à sua ação prima.

Inovador a nível europeu, encontramos o *Affair Perruche* de 17 de Novembro de 2000, pela *Cour de Cassation*, em França.

³⁶ STS, Sala de lo Civil, de 6 de junio de 1997;

³⁷ STS, Sala de lo Contencioso-Administrativo, de 16 de junio 2010;

³⁸ De facto, a Law’s Comission alega que “Such a cause of action, if it existed, would place an almost intolerable burden on medical advisers (...). The danger that doctors would be under subconscious pressures to advise abortions in doubtful cases through fear of an action of damages, is, we think, a real one”.

O caso, à semelhança de muitos outros, baseia-se no facto de, apesar de a mãe ter contraído rubéola durante a gravidez e ter avisado que iria recorrer à IVG se o filho fosse nascer incapacitado por isso, os médicos terem indicado que a criança iria nascer saudável. No entanto, Nicolas Perruche nasceu gravemente deficiente, com distúrbios neurológicos graves, surdo, com retinopatia e cardiopatia. Portanto, por erro do médico ao detetar, com a série de diagnósticos que foram feitos, a anomalia da criança, a mãe intentou, em representação da criança, ação de responsabilidade contra o profissional de saúde.

No tribunal de grande instância de Évry condenou-se o médico, o laboratório e respetivas seguradoras quer pelos danos dos pais como do filho. No entanto, o Tribunal de Apelação de Paris reverteu parcialmente a decisão, considerando que a criança não tinha direito a indemnização por as suas lesões não se deverem à conduta médica mas sim à rubéola, razão pela qual as despesas gastas deveriam ser reembolsadas. A decisão final, no entanto, como já foi referido, pela *Cour de Cassation* foi a de conceder indemnização a ambos os Autores, uma vez que a mãe tinha sido impedida de exercer a sua escolha de interromper a gravidez podendo, por isso, reclamar a indemnização do dano resultante da deficiência³⁹. Com esta decisão, começa mesmo a especular-se um “direito a não nascer”.

As reações a esta decisão não foram, de todo, favoráveis. De facto, as associações de deficientes e das famílias de deficientes consideraram que a decisão era discriminatória e uma afronta aos seus direitos. Também os médicos se sentiram indignados pelo aumento da sua responsabilidade sem o correspondente aumento da cobertura dos seus riscos pelas companhias de seguros, fazendo mesmo greves até que a sua responsabilidade fosse estabilizada em diploma legal e havendo mesmo um relatório do *Conseil Consultatif National d'Éthique* a condenar a decisão.

Para mais, levantou mesmo questões éticas como a possibilidade de se violar a dignidade da pessoa humana e se promover, indiretamente, o eugenismo.

³⁹ “Dés lors que les fautes commises par un médecin et un laboratoire dans l'exécution des contrats formés avec une femme enceinte avaient empêché celle-ci d'exercer son choix d'interrompre sa grossesse afin d'éviter la naissance d'un enfant atteint d'un handicap, ce dernier peut demander la réparation du préjudice résultant de ce handicap et causé par les fautes retenues”.

Curiosamente, a mesma decisão foi reafirmada pela *Cour*, um ano depois, em três casos diferentes, sendo mesmo a opinião ainda seguida pelo Tribunal de Recurso de Bordéus. No entanto, as reações eram muitas e a própria *Cour* tornou-se avessa a essa posição, o que levou a que o Legislador aprovasse a Lei nº 2002-303 de 4 de Março de 2002, sobre os direitos dos doentes e qualidade da saúde. No seu art.º 1º, que agora é o art.º I do Código da Ação Social e das Famílias, alegou-se que “Nul ne peut se prévaloir d’un préjudice du seul fait de sa naissance”, sendo que a criança só poderia receber uma indemnização de médico caso “l’acte fautif a provoqué directement le handicap ou l’a aggravé, ou n’a pas permis de prendre les mesures susceptibles de l’atténuer”. Com isso se afasta a possibilidade de ações de “vida indevida”, reduzindo-se a indemnização aos danos provocados diretamente pelo médico ao feto. Curiosamente, permite as indemnizações de “nascimento indevido”, ao permitir que os pais sejam indemnizados por filho nascido deficiente por lesão não detetada em DPN, salvo os custos dos encargos da deficiência, que se remetem para a Solidarité Nationale, restando-lhes, praticamente, só a indemnização por danos morais.

Porque todas as moedas têm duas faces, também esta posição não teve reação positiva, com reclamações das mesmas associações de deficientes e com críticas, sobretudo, à incapacidade de cobertura dos danos pela Solidariedade Nacional, pela sua falta de organização.

Neste sentido, nos Países Baixos, o caso mais paradigmático desta questão foi a ação interposta pelos pais de Kelly Molenaar, em nome próprio e em sua representação, em 2005⁴⁰. Nesse caso, foi concedida uma indemnização pelo custo de criar a criança, com os custos extra relacionados com as suas deficiências; e os danos não patrimoniais pelo seu sofrimento. Esta é a primeira jurisprudência a auxiliar-se do contrato com âmbito para proteção de terceiros para esta indemnização.

⁴⁰ Por erro de diagnóstico por parte dos médicos, a mãe não tinha sido informada de que a filha iria nascer extremamente deficiente, apesar de a mesma ter avisado os médicos que planeava interromper a gravidez caso houvesse essa possibilidade, o que já lhe ocorrera precisamente por haver historial de defeitos de cromossomas na família do outro progenitor e já ter, a própria, sofrido dois abortos. A criança acaba por nascer retardada, autista, com dificuldades de crescimento, de fala e motoras, a sofrer de problemas de coração, má visão e audição e sem sequer conseguir reconhecer os próprios pais. Para além disso, em dois anos e meio, já tinha ido 9 vezes ao Hospital por não conseguir parar de chorar, acreditando-se que estava permanentemente com dores.

É em Itália – apesar da comum rejeição jurisprudencial das ações de “vida indevida” – que volta a haver uma decisão favorável a estas ações, em 2012⁴¹. Com o nascimento de uma criança com Síndrome de Down, sem a informação prévia dos pais da futura anomalia da criança apesar da realização de DPN, o tribunal concede uma indemnização aos pais por “nascimento indevido” mas, mais curiosamente, concede igualmente uma indemnização à própria criança deficiente e aos irmãos dela por se considerar que esses se veriam privados de uma vida familiar “normal”, uma vez que os progenitores iam estar menos disponíveis para tomar conta deles, pelos cuidados especiais a dar ao irmão. No entanto, essa posição já foi alterada novamente, numa decisão do mesmo Tribunal, de 2015⁴², considerando-se que o direito italiano não reconhece qualquer direito à não-vida e que isso poderia vir a reconhecer uma obrigação materna ao aborto.

Ainda noutro continente, a questão não é nova na África do Sul, sendo que os seus tribunais já se depararam com os casos de *wrongful life* três vezes. Apesar de as decisões terem sido contrárias à procedência das ações, em 2014, o Constitutional Court pronunciou-se no sentido de a sua *Common Law* dever ser desenvolvida de forma a possibilitar a indemnização da criança.

Assim, apesar de, nas decisões anteriores, os tribunais terem considerado que não haveria lugar a indemnização da criança⁴³, a verdade é que o caso *H v Fetal Assessment Centre* levou a que o Tribunal Constitucional se tenha pronunciado no sentido de direitos como a igualdade, a dignidade e, sobretudo, o superior interesse da criança puderem vir a exigir que a criança fosse indemnizada. Para além disso, o Tribunal Constitucional concordou que o termo *wrongful life* era enganador porque desviava as atenções da verdadeira questão que seria saber se a criança tem ou não direito a pedir uma compensação pela vida com desabilidades. Ou seja, leva a que se evite a verdadeira questão legal que o juiz tem de responder, escondendo-a atrás de um paradoxo que não interessa, nem pode ser respondido por lei.

⁴¹ *Corte di Cassazione*, 02.10.2012, no 16754.

⁴² *Corte di Cassazione*, 22.12.2015, no 25767.

⁴³ Nomeadamente, nos casos *Friedman v Glicksman* e *Stewart v Botha*. Alega-se mesmo, no ultimo, que se trata de “a question that goes so deeply to the heart of what it is to be human that it should not even be asked of the law”.

Curiosamente, é a única jurisprudência de Direito Comparado que analisa tão diretamente a questão do interesse da criança, fazendo apelo à sua Section 28(2): “A child’s best interests are of paramount importance in every matter concerning the child”.

Com base nesta decisão, será de acreditar que o High Court passe a ter jurisprudência em que se fundamentar para possíveis concessões de indenizações de *wrongful life*.

Algumas conclusões parecem destacar-se: em primeiro lugar, a tendência tem sido para dar procedência aos “nascimentos indevidos”, indenizando os pais por um dano – que tem repercussões diretas no filho – com base nos seus direitos contratuais e com base no seu direito ao planeamento familiar. No entanto, os danos físicos que se focam na pessoa do filho têm sido impassíveis de indemnização – numa tomada de posição que me parece incoerente. Como veremos adiante, as objeções a ambas as ações serão da mesma ordem, donde apenas se poderá concluir que a coerência de qualquer sistema teria de dar a mesma resposta a ambas as ações: quer fosse concluir-se pela sua procedência ou não.

Por outro lado, evidenciando a complexidade da questão e também evidenciando algumas construções sistemáticas de todos os países mencionados, note-se que as jurisprudências não têm qualquer ordem de coincidência, isto é: a questão não tem respostas idênticas dentro do mesmo continente; a questão não tem respostas idênticas entre países vizinhos; e mais notoriamente, nem dentro de países que sigam o mesmo sistema, como seja o caso da Common Law. Nesse sentido, veja-se que todos os países da Common Law apresentados, nomeadamente os EUA (que têm mesmo soluções dispares entre Estados), Inglaterra e África do Sul, apresentam soluções próprias.

Ainda, será de notar que todos os países de que tomámos nota também seguiram a tendência legislativa das últimas décadas de valorizar o consentimento informado mas igualmente de afastar a impunibilidade médica, responsabilizando-o pelas suas más práticas, o que revela a incoerência da maioria das tomadas de decisões quanto a *wrong actions*.

Sem dúvida que será também de destacar que, enquanto uma questão inevitavelmente relacionada com os direitos de um nascituro mas também de uma criança que acaba por nascer deficiente, chega a chocar que só num país, sobretudo África do Sul, do qual poucos registos temos quanto a estas ações, se mencione a necessidade de atender a um princípio internacionalmente consagrado como o “superior interesse da criança”.

Por fim, verifica-se que, em grande parte dos países em que a decisão tem ido de encontro aos interesses da criança, tem havido uma regressão no sentido de proibir essas ações.⁴⁴

Resta saber como a questão tem sido tratada a nível nacional.

⁴⁴ Para uma melhor sintetização do que fica dito e sumarização das decisões comparadas, *vide* Apêndice B.

4. Direito Nacional

No nosso país, o primeiro caso de *wrong actions* só surge em 2001⁴⁵, com o pedido de uma criança por “vida indevida”. O caso de André Martins começa em Fevereiro de 1996, quando a sua mãe fica grávida dele. Por já ter havido posterior acompanhamento de gravidezes da mesma mulher por aquele médico, esse estava consciente de que ela tinha o útero septado, o que poderia ser uma causa de má formação uterina e desenvolvimento do embrião. Apesar disso, no entanto, o médico falha ao não prescrever todos os testes de diagnóstico necessários para uma mulher de risco, como seria o caso, testes esses que poderiam mesmo informar logo da anomalia da criança. Para mais, os testes que são efetivamente realizados, em laboratório de confiança do médico, apresentaram relatórios que afirmavam estar tudo bem com o embrião. Antagonicamente, a criança vem a nascer com uma série de malformações que o inferiorizariam para a vida toda, tendo sido preterida a possibilidade da mãe de, se devidamente informada, interromper a gravidez com base no art.º 142º/1/c) CP.

É com base nessa factualidade que, em representação de André, os pais vêm pedir uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais ao médico e ao laboratório, optando pela responsabilidade contratual ao considerarem que houve uma violação do contrato de prestação de serviços do médico. No entanto, o menor foi derrotado em todas as decisões, quer de primeira instância, da Relação e mesmo do STJ.

Para fundamentar a improcedência do pedido do menor os argumentos são os comuns já no Direito Comparado: primeiramente, os atos que foram omitidos pelo médico não foram causa nem consequência da malformação, uma vez que a doença era congénita e a criança sempre nasceria com ela; depois, não haveria coincidência entre o pedido e a causa de pedir, uma vez que o autor pedia indemnização pelo seu nascimento mas fundamentando-se em conduta negligente dos réus para com os seus pais, esses sim que teriam a possibilidade de exercer a IVG; ainda, o Relator Pinto Monteiro vem considerar que, o que estaria em causa quanto ao Autor, seria um direito à não vida, direito que não existe no nosso ordenamento jurídico. Introduce, nesse sentido, a nuance

⁴⁵ Vide Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001, processo nº 01ª1008, relator: Pinto Monteiro, disponível em www.dgsi.pt.

de que, se existisse tal direito, só poderia ser exercido pelo filho quando maior; por fim, levantou-se a questão de o dano ser “o prejuízo de viver com a deficiência, comparado com a vantagem de não viver de todo”.

Quanto aos pais, o nosso Tribunal pronuncia-se no sentido de ter mesmo havido uma violação da *leges artis e praxis clínica* por parte do médico, uma vez que o dever de informação desse se encontra mesmo como dever lateral do CPS no Código Deontológico. Portanto, o Tribunal deixa em aberto o facto de a resposta ao pedido poder ter sido diferente caso a ação tivesse sido interposta em nome dos pais.

No caso dessa afirmação puder ainda deixar dúvidas, essas desaparecem totalmente com a decisão do TRL de 10 de Janeiro de 2012⁴⁶, em que é concedida uma indemnização aos pais por um “nascimento indevido”, uma vez que o médico tinha efetuado quatro ecografias, das quais nem de uma interpretou as malformações do feto, incluindo a ausência de um membro inferior. Assim sendo, concluíram que houve a violação do dever de cuidado que impendia sobre ele, concluindo-se mesmo que também haveria nexo causal entre essa conduta e o dano moral sofrido pelos autores de ver nascer uma criança deficiente. Curiosamente e quase de forma inovadora, o Tribunal conclui que não poderá substituir a mãe ao decidir se teria sido melhor ter um filho com anomalias ou não ter um filho de todo, o que demonstra que aceitam que, estando esses dois valores em jogo, a decisão seria sempre da mãe, obstando às opiniões de direito comparado que desde logo consideram que a vida será sempre preferível à não vida⁴⁷.

O último caso que chegou à nossa jurisprudência foi já uma cumulação das duas ações, intentando, os pais, ação em seu nome e em representação do filho, no Acórdão do STJ de 17/01/2013⁴⁸. Mantendo a jurisprudência anterior, é concedida uma indemnização à mãe mas não ao filho. O caso era complexo, com erros de interpretação de ecografias por mais do que um médico. Curiosamente, apesar de se provar que o médico que assistia a mãe era bastante competente e mesmo condecorado pelo seu trabalho a nível internacional, esse indicou braços e pernas da criança na ecografia,

⁴⁶ Cfr. Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Janeiro de 2012, processo nº 1585/06.3TCSNT.L1-1, relator: Rui Vouga, disponível em www.dgsi.pt.

⁴⁷ “O tribunal, porém, não poderá substituir-se aos pais na ponderação da maior ou menor valia da opção pela não interrupção da gravidez e pelo consequente nascimento com vida do feto, para o efeito de concluir que, afinal, ter um filho sem perna é, seguramente, muito melhor do que não ter filho nenhum”.

⁴⁸ Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro 2013, processo nº 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relator: Ana Paula Boularot, disponível em www.dgsi.pt.

quando essa acaba mesmo por nascer sem membros, anomalia que teria sido identificada por qualquer profissional médio. Dá-se como provado, no caso, que a mãe não tinha capacidades económicas, tendo de sustentar, para além de outro filho, a própria progenitora mais velha, sendo que o nascimento tinha mesmo sido uma causa de transtorno e sofrimento para todos no seu agregado, pelo choque e pela tristeza de ver o sofrimento da criança. Sofrimento esse, aliás, com que a própria criança tinha de lidar porque, com um desenvolvimento cognitivo normal, se apercebia das suas deficiências e se sentia frustrada com elas.

O STJ tomou posição quanto ao assunto por cada um dos tópicos levantados pelas partes: nomeadamente, quanto ao contrato entre a Autora e os Réus, consideraram que havia uma violação dos deveres de cuidado resultantes do mesmo, havendo mesmo nexos causal entre a falta de informação e o nascimento naquelas condições, uma vez que o nexo só não existirá nos casos em que o facto se demonstrasse totalmente inadequado para produzir o dano, só o tendo provocado por condições anómalas e excepcionais.

Quanto à *wrongful life* apresenta-se como interessante reparar que, apesar de não termos qualquer lei nesta matéria, o STJ começa mesmo por apelar à Lei Anti-Perruche, considerando que ninguém pode tirar partido de um prejuízo por ter nascido, só podendo condenar-se o médico se a lesão resultou de ação diretamente sua. Para além disso, apelam à única jurisprudência nacional nesse sentido, fazendo suas as apreciações de Pinto Monteiro quanto a um direito à não vida e a possível violação dos art.ºs 1º, 24º e 25º CRP no caso de procedência da ação. Consideraram que não haveria qualquer obrigação contratual do médico com o filho⁴⁹ e revelaram receios (também internacionais) que a procedência destas ações, no futuro, levasse a que os filhos pudessem vir a intentar ações contra os progenitores que, sabendo da eventual deformação do filho, não o tinham abortado.

Para além disso, refutam a possibilidade de, no sentido da lei holandesa, deitar mão à figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros, uma vez que os direitos que a lei confere aos fetos só poderão ser aqueles taxativamente consagrados na lei.

⁴⁹ “sendo o seu comportamento negligente e censurável por via contratual (...) apenas em relação à Autora, mãe daquele” (ROSA, P., voto de vencido parcial no Acórdão STJ de 17 de Janeiro).

Ao contrário do primeiro acórdão referido, este já não é decidido por unanimidade. Pelo contrário, Pires da Rosa declara-se vencido precisamente na parte respeitante ao pedido da criança, considerando que essa deveria ter direito a indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais. Apesar de reconhecer um direito à não existência desde a entrada em vigor do art.º 142º CP, o Autor apela antes à base contratual da responsabilidade civil, considerando que há uma obrigação de resultados do médico⁵⁰ perante uma mulher *pejada*, que, precisamente por essas condições, não valerá somente enquanto ela mas também enquanto o seu feto. O autor não dissocia o feto da mãe, considerando que a obrigação é perante os dois, uma vez que a clínica sabe que contrata com uma mulher naquelas específicas condições, abrangendo a responsabilidade quer a relação com a mãe como com o feto (“porque o feto é ainda mãe, enquanto não nascer com vida”). Como tal, tanto a mãe como o filho foram afetados no seu direito de poder optar pelo nascimento ou não, numa única violação contratual.

Assim sendo, com o nascimento, considera que, o que se dá, é uma autonomização normal do feto perante a mãe, podendo esse passar a pedir a indemnização por si. Ainda, foca que o direito da criança está mesmo limitado no tempo pelo art.º 142º/1/c) CP. Portanto, o Autor parece considerar que o direito da criança é mesmo o de não nascer ou de se interromper a gravidez, considerando que, pela sua limitação temporal, ou o direito é exercido pela mãe ou será subtraído do exercício do menor para sempre. Como não se poderia deixar totalmente o direito sem utilidade, considera-se que esse direito tinha de ser exercido pela mãe porque é um direito limitado ao tempo em que a criança é ainda feto e não podia atuar por si.

Para além disso, quanto às objeções que partem da dignidade da criança, o Autor defende que “indignidade será, a meu ver, não lhe possibilitar pela via indemnizatória uma quantia que lhe permita suportar o enormíssimo encargo da sua condição, de forma mais... Digna”.

Daí que, para o Autor, seria de se conceder uma indemnização por danos não patrimoniais da criança, não concedendo patrimoniais porque a mãe já teria direito à

⁵⁰ “nem que esse resultado seja a afirmação de que a ecografia não permite *ver* o que quer que seja” (*Idem*).

indenização correspondente à cobertura desses danos, que deveria ser sempre constrangida às necessidades da criança.

Ainda, apesar de considerar que a criança não deveria ser indenizada porque tal pedido teria sempre de se basear num direito à não existência, Maria dos Prazeres Pizarro Beleza não desacredita totalmente a possibilidade de deitar mão à figura do contrato com âmbito de proteção para terceiros. Levanta, no entanto, uma ressalva quanto à improcedência da indenização para a criança mas não para os pais: para a Autora, deveria ensaiar-se uma solução para autonomizar a indenização em relação ao património da mãe para o consignar às necessidades da criança ou mesmo dando-lhe forma de renda. Estas iniciativas tentam resguardar a indenização dos credores da mãe, restringir a indenização aos interesses da criança e protege-la no caso de morte da mãe antes da sua⁵¹.

Mais relevante se revelou, a nível nacional, a pronúncia do Tribunal Constitucional quanto à constitucionalidade da interpretação dos art.ºs 483º, 798º e 799º no sentido de admitir a indenização de ações de *wrongful birth*. Apesar de o Acórdão n.º 55/2016 de 14 de Março merecer mais considerações *infra*, adianta-se que, no seguimento de uma decisão do STJ que reconfirmou a decisão de 1ª Instância do (agora extinto) Tribunal de Barcelos e que permitiu a indenização dos pais por “nascimento indevido”, os Réus vieram recorrer para o TC, invocando que uma interpretação dos artigos mencionados violaria a inviolabilidade da vida humana do art.º 24º e ainda o art.º 67º/2/d) da CRP.

Nesse Tribunal, no entanto, concluiu-se contrariamente aos Réus, tecendo argumentações extensivas quanto a várias problemáticas das *wrongful actions*, sobretudo no que à *wrongful birth* dizia respeito, uma vez que essa era objeto do recurso.

Assim sendo, como bem se entende, passamos a ter, desde 2016, um Acórdão do nosso Tribunal Superior a considerar que não haverá qualquer inconstitucionalidade da procedência das ações de “nascimento indevido” por não haver qualquer violação,

⁵¹ “Fundamentada embora na lesão de um direito da autora, a indenização tem como objetivo cobrir as despesas acrescidas que decorrem das especiais necessidades do autor, e que, como a autora afirma, não tem condições de suportar” (*idem*).

principalmente, do direito à vida, o que vem desvencilhar vários obstáculos que, nesse sentido, se impunham a essas ações.

Com tudo o que fica dito, parece claro que também em Portugal acabamos por assistir a uma tendência favorável às ações de “nascimento indevido” mas já não às de “vida indevida”. A comparação entre ambas, no entanto, não poderá deixar de ser realizada em sede própria, no âmbito dos pressupostos da responsabilidade civil. No entanto, importa desde já notar que se podem sintetizar as razões de rejeição das *wrongful life claims* em quatro:

- O problema da Santidade da vida humana;
- Dificuldade de quantificação do dano;
- Falta de nexo causal direto;
- Falta de legitimidade dos pais para intentar ação desse género pelo filho.

Cada uma das questões será analisada em sede própria, concluindo-se pela inexistência desses impedimentos.

Parte II

1. O Direito Contemporâneo

No seguimento da exposição da problemática em mãos, e tendo por base já a posição jurisprudencial quer nacional, quer comparada, parece-me importante analisar a resposta que o Direito substantivo exige para a questão. De facto, o Direito consiste num ordenamento da realidade social e, como tal, a sua organização baseia-se em princípios que consubstanciam a teleologia do sistema jurídico. Esses princípios encontram-se, desde logo, na CRP mas também se encontram espelhados nas mais diversas áreas do Direito e seus diplomas avulsos.

Como tal, sendo o Direito fundamentado em princípios-base, esses deverão ser respeitados em todas as criações legislativas e em todas as tomadas de decisão dos tribunais.

Nesta segunda parte da dissertação, procurar-se-á na teleologia do Direito Contemporâneo Nacional a resposta substantiva a ser dada à questão: deve a criança ser indemnizada por “vida indevida”?

Para tal, buscaremos a etimologia do sistema jurídico português em várias áreas do Direito que se interligam com a questão, nomeadamente o Direito da Família, das pessoas deficientes e em especial o novo estatuto da criança à luz dos seus novos direitos.

2. O Direito das Crianças⁵²

Apesar da acessoriedade que a evolução histórica da proteção da criança pode aparentar ter nesta sede, apresenta-se como muito relevante para entender como o Direito Contemporâneo parece ter caminhado, no último século, para a necessidade de indemnizar os processos de “vida indevida”.

De facto, num primeiro momento, antes do Cristianismo, não havia o reconhecimento de qualquer direito humano, razão pela qual também as crianças não seriam titulares de nenhum direito. As crianças poderiam mesmo sofrer todas as atrocidades e castigos dos pais, sendo isso aceitável desde que as mesmas não fossem mortas. Essa imunidade dos pais de disporem dos filhos como entendessem, quase que como se de um objeto deles se tratassem, perdurou muitos séculos, sendo que, nos sécs. XV e XVI se verifica o aumento da taxa de mortalidade infantil, uma vez que os infanticídios não eram puníveis e eram mesmo realizados pelos pais que não queriam um filho que nascia com deficiências.

Na antiga Roma, tendo por base a Lei das XII Tábuas, o poder, na relação familiar, seria todo do *pater*, que poderia decidir da vida do filho, podendo mesmo matá-lo, se esse não fosse capaz de ser guerreiro por deformidades físicas e sendo mesmo costume que as crianças fossem sacrificadas como oferendas a Deus⁵³.

Só com o Cristianismo começa a surgir a ideia da dignidade humana, promovendo-se mesmo a integração da criança na sociedade através da sua educação mas prolongando-se os maus tratos contra ela através de castigos corporais.

Chegando ao século XVII, apesar do papel fundamental que a família passa a ter, nomeadamente na formação do carácter da criança, a verdade é que essa se encontra

⁵² A autonomização do Direito das Crianças do Direito da Família é, cada vez mais, uma realidade aceite, iniciando-se no direito judiciário, pela percepção pelos magistrados que haveria a necessidade de adaptar as suas decisões à figura especial da criança. Esta disciplina, atualmente, “abrange o estudo de todas as relações sociais em que a criança ocupa a posição de sujeito, titular de direitos fundamentais e de direitos específicos, decorrentes da sua situação de ser em desenvolvimento”, como refere Clara Sottomayor. Para mais desenvolvimentos sobre essa questão, vide **SOTTOMAYOR, M. C.**, *A autonomia do direito das crianças in: Estudos em homenagem a Rui Epifânio*, Coimbra, Almedina, 2010, pp. 79-88.

⁵³ Prescrevia a Tábua nº4 da Lei das XII Tábuas “Cito necatus insignis ad deformitatem puer esto” (“Se uma criança nascer com alguma deformidade deveria ser morta”).

mesmo esquecida, em termos de proteção legal⁵⁴, o que logo se verifica pelo facto de, com a Revolução Industrial, o Estado ter deixado muitas crianças à mercê da sua sorte, uma vez que não haviam orfanatos ou quaisquer pensões para as auxiliar.

A verdade é que a criança não foi totalmente esquecida durante os séculos que se passaram mas foi primordialmente vista como inferior, como coisa que pertencia aos pais e que era objeto de direitos desses, falando-se mesmo numa coisificação das crianças para benefício de quem as gerava.

Só chegando ao séc. XX as mentalidades começam a mudar, em 1924, com a Declaração de Genebra. Esta vem, pela primeira vez, consagrar alguns direitos das crianças mas com o defeito de ser um documento que não tinha força vinculativa mas tão só linhas orientadoras para os Estados.

Nesta linha de raciocínio protecionista das crianças, em 1946, é criada a UNICEF para auxiliar as muitas crianças que, no decorrer da II Guerra, ficaram sem casa e família mas só se voltará a falar de direitos consagrados com o aparecimento da DUDH, em 1948. De facto, logo no preâmbulo da mesma encontra-se o foco na dignidade inerente a todos os membros da família (de que o menor fará parte), tendo todos direitos iguais e inalienáveis. No entanto, a única referência expressa feita às crianças encontra-se no seu art.º 25º ao considerar que tanto a maternidade como a infância têm direito a cuidados especiais e assistência. Parece-me mais interessante, para o presente trabalho a parte inicial desse artigo, ao referir que “everyone has the right to a standart of living adequate for the health and well-being of himself”, procurando-se desde logo a ideia de que todas as pessoas, estando a criança incluída, deverão ter direito a um nível de vida adequado de saúde e bem-estar e não simplesmente a qualquer vida, o que poderá ser uma ideia relevante para as considerações que prosseguirão quanto às ações em estudo.

Se essa Declaração não especifica concretamente direitos dos menores, a verdade é que foca o princípio da dignidade humana, o que irá despoletar a necessidade de proteger certas categorias de pessoas pelas suas condições mais frágeis,

⁵⁴ Essa falta de proteção jurídica perdura muito tempo e é mais visível no caso de 1874, nos EUA: Mary Ellen tinha 9 anos de idade e é encontrada enclausurada na sua casa, mal tratada, subnutrida e agredida. No entanto, por falta de normas legais que protegessem as crianças, o caso foi resolvido pela Associação Americana para a Prevenção da Crueldade contra os Animais, justificando-se a aplicação analógica das regras dos animais à criança por ambos fazerem parte do reino animal.

nomeadamente as crianças. Daí que, em 1959 se apresente, pela primeira vez, uma Declaração de Direitos das Crianças que, não obstante ser um grande passo na evolução do Direito dos Menores, sofre do grande inconveniente do documento de 1924: não tem obrigações jurídicas de aplicabilidade ou prevê quaisquer sanções. Para mais, o documento baseia-se no modelo de proteção da criança, considerando-a frágil e débil, tendo o Estado uma atitude paternalista e arcaica, com maior discricionariedade para intervir no seio da família e educação do menor.

Volvidos 30 anos, a ONU promove uma Convenção sobre os Direitos das Crianças, em que se cessa o poder paternalista do Estado e se passa a ver o menor como sujeito de direitos inerentes, merecedores de respeito, com base nas características que possui: já não é frágil ou débil, é uma pessoa em desenvolvimento e é essa característica que deverá ser tida em conta. Por isso mesmo, o menor passa a ser visto como um sujeito autónomo de direitos, com uma posição independente no seio familiar, com opinião a ter em conta e com a necessidade de proteção com base na sua dignidade.

Esta evolução não passa despercebida em Portugal, aliás, surge mesmo antes dos documentos internacionais, com uma primeira Lei de Proteção da Infância em 1911. Curiosamente, essa Lei tinha como base a ideia de proteger a criança de uma forma utilitarista, corrigindo os seus males, nomeadamente de crianças delinquentes, para não prejudicar a sociedade. Apesar de ser um progresso mesmo em relação à realidade internacional, com o foco nas crianças, a verdade é que parece ver a criança como um fim, um instrumento da sociedade, na tal visão arcaica da época.

Com base no regime autoritário e protecionista da altura, a OTM também não foi muito mais feliz, passando as medidas para as crianças a ser todas iguais e não com base em cada sujeito em concreto, levando-se ao absurdo de tratar da mesma forma uma criança em perigo e um delinquente.

Atualmente, várias são as leis que referem as crianças como sujeitos de direitos, numa passagem do modelo de proteção para uma visão das crianças enquanto pessoas autónomas, diferentes dos adultos mas com direitos e com necessidade de ser protegidas precisamente pela fase de desenvolvimento em que se encontram e por serem mais frágeis. Passa a atender-se ao superior interesse da criança nas mais variadas legislações e há uma nova LPCJP que mantém a necessidade de prevenção, nomeadamente para

crianças delinquentes mas que o faz no seu interesse e já não no da sociedade, promovendo-se o desenvolvimento adequado de toda e qualquer criança, com base no seu caso concreto.

2.1. Os Direitos Internacionais e Constitucionais das Crianças:

Criança, segundo o art.º 1º da CDC de 1989 será “todo o ser humano menor de 18 anos”, num preceito semelhante ao nosso art.º 122º CC, salvo se, segundo a lei aplicável, a maioridade se atingir mais cedo.

Com o que fica dito na breve abordagem histórica *supra*, essa “criança” passa de um objeto dos pais e do Estado para um sujeito autónomo de direitos, a serem protegidos legalmente. Concretamente, esses direitos encontram-se espelhados na mais variada legislação interna e mesmo na internacional, com uma tendência do Direito Contemporâneo para promover o desenvolvimento integral da criança, proporcionando-lhe uma vida adequada para isso.

Internacionalmente, o Estado português encontra-se, agora, vinculado à CDC. Como matrizes das análises a fazer adiante quanto às *wrongful lifes*, há artigos que não poderemos deixar de mencionar, sobretudo tendo em conta que logo o Preâmbulo da Convenção demonstra a necessidade de proteger as crianças, tendo em conta a sua vulnerabilidade, devendo essa proteção existir antes e depois do nascimento.

Desde logo, o art.º 2º proclama a ideia de não discriminação de qualquer criança, aplicando-se os direitos da Convenção a todas elas, sem exceção; o art.º 3º expressa o foco da legislação de menores recentemente, centrando-se no *superior interesse da criança*, mencionando desde logo que todas as decisões deverão ter em conta esse princípio - incluindo os tribunais - e o Estado deverá mesmo comprometer-se a garantir a proteção de qualquer criança e os cuidados necessários para o seu bem-estar; igualmente relevante nesta sede se apresenta o art.º 6º, ao reconhecer à criança não só um direito à vida mas também à sobrevivência e ao desenvolvimento, o que parece notar que já não falamos só de um simples direito a viver mas também de um direito a viver com qualidade e de forma a promover uma verdadeira e benéfica evolução da

pessoa; concretamente para o tema da dissertação encontramos o art.º 23º quanto a crianças deficientes: essas terão direito a cuidados especiais que lhes permitam ter uma vida plena e decente, em condições dignas; ainda o art.º 24º, implica o direito da criança a gozar do melhor estado de saúde possível e a beneficiar de serviços médicos; e o art.º 27º fala mesmo de um nível de vida que a criança deverá ter (adequado ao seu desenvolvimento físico, mental, espiritual, moral e social) a ser prosseguido pelos seus pais, eventualmente com a ajuda do Estado.

A nível interno, as mesmas noções, acabam por ser consagradas noutros preceitos significativos, nomeadamente constitucionais que, apesar de não serem específicos em relação aos menores, se aplicam a esses pelo princípio da igualdade do art.º 13º CRP. Logo o art.º 1º CRP, de forma quase genérica, foca a nossa atenção para o facto de a República Portuguesa se basear na dignidade da pessoa humana.

Mais concretamente para o caso em apreço mas intimamente relacionado com a dignidade humana, encontramos o direito à vida. Para além de um direito de valor quase absoluto e de nível privilegiado em relação aos outros, este é o direito mais questionado na apresentação que se segue.

Logo previsto no art.º 24º da CRP, o direito à vida, no nosso ordenamento jurídico, expressa-se pela imperatividade da inviolabilidade de qualquer vida humana, ganhando mais força ainda no seu nº2 com a proibição da pena de morte. Quer-me parecer, no entanto, tendo em conta a evolução das condições de vida e das ciências e tecnologia, que este direito já não poderá ser só visto enquanto a possibilidade de estar biologicamente vivo por qualquer forma – nomeadamente, por intermédio de máquinas⁵⁵ - mas deverá, agora, também consistir num direito à vida com alguma qualidade, no que aos cuidados médicos diz respeito.

⁵⁵ Atualmente, o critério para se apurar do termo da vida de uma pessoa será o da “morte cerebral” que se traduzirá na “comprovação da cessação irreversível das funções do tronco cerebral”. *Vide* Parecer Sobre o Critério de Morte (10/CNECV/95). No entanto, a ciência tem vindo a permitir, independentemente dessa cessação de funções cerebrais, que o corpo biológico da pessoa mantenha batimentos cardíacos, possibilitando uma vida somente do corpo físico da pessoa.

Esses avanços permitem também que alguém se mantenha vivo em condições que já não considera benéficas para si. Nesse sentido, e com os vários debates que têm vindo a fazer-se quanto às questões da Eutanásia, alguns Autores têm vindo a defender que não haverá um “dever de estar vivo” e que o direito à vida não deverá ser uma justificação para uma pessoa se ver obrigada a viver em condições dolorosas e penosas, promovendo-se um direito à vida com um mínimo de qualidade, a nível de saúde.

No art.º 25º, a CRP consagra o direito à integridade pessoal, sendo valorizada tanto a nível moral como físico. Esse direito não se poderá desligar do direito ao desenvolvimento da personalidade do art.º 26º, todos eles aplicáveis igualmente às crianças.

Encontramos, no art.º 69º, a referência concreta à infância, tendo as crianças direito a uma proteção, tanto pela sociedade como pelo Estado, contra tudo o que possa comprometer o seu desenvolvimento integral, nomeadamente os casos exemplificados no artigo; e há ainda uma proteção especial da juventude no art.º 70º.

O CC também dispõe de algumas normas sobre as crianças. Segundo o seu art.º 122º, como já se referiu, será “menor” quem ainda não tiver 18 anos, num dispositivo semelhante ao do art.º 1º da CDC. No entanto, com a alteração de 2017, a nova redação da LPCJP estende o conceito de “criança ou jovem”, o mais tardar até aos 25 anos, caso a pessoa ainda esteja em processo educativo.

Partindo do CC, depressa se nota que a menoridade é considerada uma incapacidade de exercício (art.º 123º) a suprir pelo progenitores ou, subsidiariamente, por tutela (art.º 124º). Atualmente, esse suprimento deverá ser visto como uma forma de proteger os menores que, pela sua falta de experiência na vida, terão pessoas de confiança a tratar das suas questões, no seu melhor interesse.

Esta incapacidade irá durar até aos 18 anos da criança ou até à sua emancipação (art.º 132º), salvo a exceção prevista no art.º 133º. Mas esta incapacidade como forma de proteção do menor quase de si próprio e da sua inexperiência remete-nos para a figura das responsabilidades parentais, ficando essas a cargo dos seus progenitores, pelas regras dos art.ºs 1877º ss. A questão das responsabilidades parentais, no entanto, será melhor estudada *infra* quanto à legitimidade para proposição da ação.

3. O Direito das Pessoas Deficientes

Com a análise dos direitos das crianças e sua evolução, parece que soará contrário ao sistema não aceitar indenizá-las por danos próprios que lhes tenham sido provocados. No entanto, o sujeito que isolamos nestas ações não é simplesmente uma criança mas, pela sua condição particular é, também, uma pessoa deficiente.

Uma deficiência é vista como um alto grau de disfunção das capacidades físicas, sensoriais ou intelectuais de uma pessoa. Desse modo, essas pessoas encontram-se particularmente limitadas física e/ou psicologicamente, de forma que carecem de uma maior proteção, nomeadamente jurídica.

Mas esta necessidade de privilegiar a proteção dada aos deficientes nem sempre foi uma realidade aceite, sendo que a visão sobre eles oscilou durante os séculos: na Antiga Grécia, essas pessoas eram consideradas impuras e castigadas pelos Deuses e deveriam ser eliminadas. Essa ideia não passa despercebida n' "A Política" de Aristóteles ao referir que "terá de haver uma lei segundo a qual nenhuma criança disforme será criada", numa atitude primitiva que relembra os animais que rejeitam as suas crias deficientes, deixando-as para morrer⁵⁶. A mesma ideia foi seguida em Roma, sendo que os pais poderiam mesmo afogar os seus filhos deficientes, para além de ser costume a comercialização de pessoas disformes para fins de prostituição e entretenimento dos senhores ricos.

Foi igualmente com o surgimento do Cristianismo e com a sua ideia de amor ao próximo e proteção das classes menos favorecidas que a realidade começou a mudar, com o aparecimento dos primeiros hospitais de caridade que abrigavam pessoas com deficiências. Os deficientes, com o passar dos tempos, passam a ser vistos como doentes e a ser tratados como tal, e não com violência e discriminação, como antes eram, numa viragem de conceção que os começou a valorizar e proteger.

⁵⁶ Na prática, o que se verificava era que, aquando de um nascimento de filho seu, o pai deveria apresentar a criança ao Conselho de Espartanos para esse avaliar se a criança era ou não normal. A ser, seria educada pelos pais até aos 7 anos, quando passaria para os cuidados do Estado, que a ensinaria a guerrear; já se não fosse, os anciãos ficavam com a criança e levavam-na para o Apothetai, um abismo a que seriam lançadas. Estas práticas, no entanto, tinham de ser vistas com base nas concepções da época, em que todas as crianças eram educadas para ser guerreiras e estas, mais frágeis, não seriam fortes para subsistir, considerando-se que a morte seria não só no interesse do Estado mas também dela própria.

Na Idade Média, no entanto, parece verificar-se um retrocesso, em que os deficientes chegam mesmo a ser vistos como seres diabólicos⁵⁷, possuídos pelo demónio ou vítimas de bruxaria, aconselhando-se a sua eliminação. A própria Igreja começa a ter comportamentos discriminatórios, perseguindo estas pessoas, em particular no período da Inquisição.

É no Renascimento que se vem mudar o paradigma, ao reconhecer certos direitos como universais e avançar com filosofias humanistas que valorizavam a vida do Homem e deixavam de o ver como escravo da ira divina. Com base nesta ideia, os deficientes passam a ser vítimas de uma atenção especial, começando a ser construídos locais de atendimento específico para esses, apesar de a discriminação não ter totalmente acabado.

No séc. XX, a atenção que é dada ao Homem aumenta, graças às sequelas das Guerras, sendo que os deficientes muito beneficiam com isso. As crianças deficientes não ficaram para trás, desenvolvendo-se mesmo programas de reabilitação específicos para elas. Desde então até aos dias de hoje, não há dúvidas de que houve uma tendência para a humanização desse grupo de pessoas, muito graças aos desenvolvimentos dos direitos humanos, não obstante ainda continuar a haver algum preconceito e discriminação, em alguns países em desenvolvimento.

De facto, é neste século que a grande evolução se dá quanto ao tratamento de proteção que esta categoria de pessoas necessita, sendo no fim do século, em 1987, que se apresenta a primeira proposta de convenção específica para os direitos das pessoas deficientes. No entanto, tal Convenção só é adotada pela Assembleia Geral da ONU em 2006, sendo assinada por Portugal no ano a seguir.

Concluímos, com isto, que há uma acentuada preocupação em proteger os deficientes nos vários campos da vida, inclusivamente no campo jurídico. Com a vigência da Convenção dos Direitos das Pessoas Deficientes resta procurar nela, para além dessa proteção, normas que, eventualmente, deixem antever o que o sistema

⁵⁷ A título de exemplo, Martinho Lutero, sobre uma criança que se comportava fora dos padrões da normalidade, sugeriu ao príncipe de Anhalt que a afogasse. Quando a tal o príncipe se recusou “Eu [Lutero] disse: pois bem, os cristãos farão orações divinas na igreja, a fim de que Nosso Senhor expulse o demónio.” (Martinho Lutero *apud* **PESSOTTI**, *Deficiência Mental: da superstição à ciência*, São Paulo, T.A. Queiroz: EDUSP, 1984).

quereria quanto à indenização de ações de “vida indevida”. E a Convenção não desilude quanto a essa matéria, como se pode ver em algumas normas lá positivadas:

Desde logo, aproxima as pessoas deficientes de todas as outras, indicando no Preâmbulo que todos os direitos humanos consagrados nos vários diplomas internacionais se aplicam também a elas. Essa ideia, apesar de parecer lógica, com base no princípio da igualdade, será importante de referir, numa afirmação clara da pessoa deficiente como sujeito de direitos tal como qualquer outra e não como um objeto, como anteriormente poderia ser vista. O art.º 3º, focando uma série de princípios da Convenção, chama-nos a atenção sobretudo para a necessidade de respeito pela dignidade, autonomia e independência dos deficientes, demonstrando que, apesar de incapacitados, estes poderão mesmo ser capazes de fazer as suas escolhas (nos casos em tenham discernimento) e deverão ser tidos em conta de forma individual e singular em relação a quem cuida deles. Assim sendo, como poderia ser aceitável que a criança deficiente lesada não pudesse obter uma indenização por si, autonomamente, mas os seus pais pudessem receber uma indenização pela lesão física ou mental dela, consagrando uma dependência cada vez maior da criança que, ao não poder receber indenização por si, só poderia ter alguma vantagem da compensação da lesão se fosse para sempre dependente do uso que os pais lhe dessem? Este direito do deficiente viver de forma independente encontra ainda consagração específica no art.º 19º, permitindo-lhe escolher da sua vida tal como qualquer outra pessoa, escolhendo, nomeadamente com quem e onde vive, o que reforça a necessidade da criança se autonomizar face aos pais. O que se faria, claramente, permitido a sua consideração singular pelos tribunais e não como um apêndice dos progenitores.

A ideia da não discriminação também se encontra presente na Convenção, tal como em tantos preceitos legais, no art.º 13º; assim como também se refere o direito à vida no art.º 10º.

O art.º 28º apela ainda a um nível de vida adequado para as pessoas deficientes e suas famílias, a ser assegurado pelo Estado, o que reflete a necessidade de lhes proporcionar boas condições de vida e demonstrando que as dificuldades derivadas de uma especial anomalia deverão ser atenuadas. Nos casos de *wrongful life*, essa necessidade de atenuação da anomalia só poderá ser mais um ponto a favor da necessidade de indemnizar a criança, precisamente para se promover o mencionado

nível de vida adequado. Restará só saber se os meios para o garantir serão, efetivamente, estes métodos de assistência social do Estado.

Por fim, o art.º 7º trata concretamente de crianças deficientes. Essas deverão ter o pleno gozo dos direitos humanos, em condições de igualdade com as outras crianças e todas as decisões relativas a elas deverão ter em conta o seu superior interesse.

Assim, também aqui se encontram finalidades demarcadas do Direito Contemporâneo de proteger e valorizar as pessoas deficientes e mesmo de proteger as *crianças deficientes*. Será de concluir que todo o ordenamento jurídico, com base nessa proteção, procura uma autonomização da criança deficiente; a sua independência, dentro do possível; o seu melhor interesse; as suas melhores condições de vida; tudo isto de forma a que possa ter uma vida conforme com a dignidade humana, da mesma forma que qualquer outra pessoa.

4. O Direito do Maior Acompanhado

Num avanço do Direito Contemporâneo, que busca a coincidência de tratamento das pessoas com deficiências a nível nacional e internacional, em Convenção das Nações Unidas de 2018 surgiu o regime do maior acompanhado, com o intuito de substituir os anteriores institutos da “interdição” e da “inabilitação”. Assim, com a Lei nº 49/2018 de 14 de Agosto, foram feitas várias alterações ao CC, CPC, CPP e C.R.Predial para uniformização com o novo diploma internacional.

Este novo avanço legislativo não poderá passar despercebido no estudo que aqui nos propomos, particularmente porque denota a teleologia que o novo Direito Contemporâneo tem por base, sobretudo no que toca ao tratamento das pessoas deficientes. Desde logo, não poderemos deixar de notar que as crianças que poderão litigar pela procedência de uma ação de “vida indevida” são crianças física ou psicologicamente incapacitadas, com particulares deficiências que, ao perfazer 18 anos, poderão mesmo precisar de ser tuteladas por esta nova figura do “acompanhamento”⁵⁸. Como tal, as seguintes considerações serão relevantes para melhor se entender a posição do Demandante de uma ação de “vida indevida” ao longo do tempo, sendo que algumas ideologias da Lei serão relevantes para sustentar a necessidade de indemnização.

Primeiramente, a base desta alteração encontra-se logo na Proposta de Lei nº 110/XIII: “não pode haver dúvidas em **considerar a pessoa com deficiência como pessoa igual**, sem prejuízo das necessidades especiais a que a lei deve dar resposta”. Assim sendo, a preocupação do novo regime é mesmo acabar com qualquer estigma que os anteriores institutos traziam às pessoas com deficiências, uma vez que eram regimes rígidos e inflexíveis que não se adaptavam a cada pessoa singular.

Com estas novas conceções, há uma mudança de paradigma: o foco passa do “interesse do incapaz” para um maior foco para a autodeterminação e vontade desse. De facto, os deficientes deixam de ser vistos como “incapazes” para serem pessoas “capazes” mas que precisam de alguma tutela por outrem.

⁵⁸ Com base no novo art.º 138º CC, o acompanhamento será aplicável a esses casos uma vez que a figura se aplica igualmente ao “maior impossibilitado, por razões de saúde, deficiência (...) de exercer, plena, pessoal e conscientemente os seus direitos”.

As alterações da Lei começaram por acabar com o regime dualista das incapacidades - que se regiam por remissão para o instituto da menoridade - para passar para um modelo unitário, reconduzível unicamente ao acompanhamento de um maior, que é visto como uma pessoa *capaz*. Por isso, desde logo, a primeira iniciativa da Lei é aumentar a autonomia do maior, tentando limitar o menos possível a vontade e capacidade deste. Nesse sentido, visa-se também um maior controlo jurisdicional de qualquer constrangimento que haja para os atos do maior; e haverá ainda a necessidade de adaptar e flexibilizar casuisticamente as medidas a aplicar a cada pessoa, com base na deficiência e suas consequências na situação patrimonial e, sobretudo pessoal do maior (num foco óbvio da nova Lei na pessoalidade do acompanhamento).

Alguns destaques terão de ser feitos quanto ao regime desta figura inovadora no nosso país, demonstrando qual a tendência para que o Direito caminha no âmbito do tratamento das pessoas com deficiências. Poderá logo começar-se com a supletividade do art.º 140º: esse, para além de considerar que o objetivo do acompanhamento será o “bem-estar, a recuperação, o pleno exercício de todos os seus direitos e o cumprimento dos seus deveres [do maior]”, consagra que o acompanhamento só deverá ser decretado como *ultima ratio*, quando não baste a consagração dos deveres gerais de cooperação e assistência, no caso concreto. Assim sendo, evitar-se-á limitar a capacidade do maior sempre que a proteção de que ele necessita possa ser conseguida por uma medida menos intrusiva de cooperação e assistência, num claro respeito pela individualidade, vontade e autodeterminação do maior.

A vontade do maior, tal como a sua autodeterminação encontra-se logo presente também no artigo seguinte, em que se valoriza, para além da possibilidade de o próprio requerer a medida, a necessidade de autorização do mesmo para o pedido de acompanhamento.

Com base ainda nesses princípios, o art.º 143º estabelece que o acompanhante deverá ser escolhido primordialmente pelo próprio acompanhado, sendo que só subsidiariamente e de forma exemplificativa, o nº2 estabelece uma série de pessoas que poderão ser designadas para tal cargo⁵⁹.

⁵⁹ Claramente, os progenitores encontram-se nas pessoas exemplificadas no artigo sendo, em regra, os acompanhantes a decretar a uma criança que quer indemnização por “vida indevida”, quando ela complete 18 anos, se se vir efetivamente necessitada de acompanhamento.

Não se poderá esquecer, também, o art.º 145º, quanto ao conteúdo do acompanhamento: esse denota claramente a necessidade de manutenção da capacidade e individualidade do acompanhado, uma vez que o acompanhamento se deverá limitar ao necessário, sendo que, no nº2, exemplificativamente, enumeram-se algumas das funções que o tribunal poderá atribuir ao acompanhante, em função do **caso concreto**. A primeira função possível prevista é o exercício das responsabilidades parentais, o que levaria, mais uma vez, a que, a decretar-se essa medida, a pessoa deficiente que alega uma “vida indevida” voltasse a estar impedida de receber indemnização, caso se considerassem procedentes as objeções quanto à legitimidade de representação pelos progenitores nas *wrongful life actions*.

Pegando precisamente na questão do exercício das responsabilidades parentais para com o acompanhado – e supondo que o acompanhamento, nos casos de “vida indevida”, fosse decretado a favor dos pais – o regime do acompanhamento, da mesma forma que o art.º 1881º/1 CC, cria uma limitação para a atuação do acompanhante no que toca aos direitos pessoais do deficiente. Nesses atos, a atuação pelo acompanhado será livre. Mas, já ao contrário do art.º 1881º/1, o art.º 147º/2 apresenta uma série de direitos que, a título de exemplo, serão considerados pessoais. Nessa enumeração, o legislador não mencionou qualquer direito que impossibilitasse o acompanhante de pedir uma indemnização pelo deficiente por condição de “vida indevida”. Claro está que a questão é demasiado recente e problemática para já estar contida neste diplomas mas será certo que nunca faria sentido incluir esse direito na enumeração enquanto pessoal até porque, como se verá *adiante*, a questão é meramente patrimonial.

Também à semelhança do regime da menoridade, o novo regime encontra uma disposição no art.º 150º quanto aos possíveis conflitos de interesses entre o maior e o acompanhante: de facto, o acompanhante não deverá praticar atos conflituosos com os interesses do acompanhado, correndo o risco de se aplicarem as consequências do art.º 261º.

Das alterações verificadas, algumas ideias têm claramente de ficar assentes: há uma prevalência da vontade e da autodeterminação do maior, o que se traduz numa limitação mais reduzida e mais casuística dos seus deveres; para mais, há uma valorização maior da sua autonomia e da sua individualidade, preservando-se sempre a igualdade da pessoa e sobretudo ambicionando-se o seu bem-estar. Por isso mesmo, não

se poderá considerar que a “vontade do Direito” não seja indemnizar um deficiente, sobretudo uma criança, em condições iguais às de qualquer outra pessoa, por erro médico que o lesou quando: 1) os pais poderão ser indemnizados por esse mesmo facto (o que corresponderia precisamente a criar um tratamento discriminatório da criança) e 2) a indemnização aos pais não poderá ser argumento contra uma segunda indemnização, agora em nome do filho, quando esse, enquanto deficiente, deverá ser autonomizado, individualizado e até lhe deverão ser proporcionados os recursos necessários para que consiga ser o mais independente possível. Aliás, como se poderá alegar que o Direito quer limitar o acompanhamento mas depois tornar a criança ou o maior ainda mais dependente dos pais, ao só a esses providenciar uma indemnização por ato que lesou para a vida a própria criança ou o já acompanhado? Como defender uma ideia de autodeterminação e autonomização dos deficientes se não se lhes possibilita recursos (que seriam justamente seus) para um maior bem-estar e uma vida com dignidade? Mais, como não considerar essa decisão plenamente discriminatória e inconciliável com a ideia Base do Projeto de Lei que busca a igualdade das pessoas com deficiências?

Reflitamos, a longo prazo, sobre a situação da criança que nasce com a deficiência: se aceitarmos que as responsabilidades parentais não possibilitam o pedido de indemnização pela criança e que ela só a poderá pedir com a maioridade, eis que a criança se verá limitada no seu direito de acesso à justiça durante 18 anos; Passados esses 18 anos, a criança, pela deficiência que tem, tem de ser acompanhada com base no regime presentemente estudado. E aí volta a ser acompanhada pelos pais, num exercício muito semelhante, se não igual, ao das responsabilidades parentais. Ou seja, nem aí a criança poderia ser indemnizada, encontrando-se para sempre discriminada e limitada, sem acesso à justiça⁶⁰ o que, mais uma vez, seria uma discriminação atentatória do princípio da igualdade que, em primeira instância, logo irá, mais uma vez, como visto *supra*, contra a Convenção das Nações Unidas sobre as Pessoas Deficientes.

Portanto, e agora com base numa Reforma extremamente recente, encontramos uma resposta tendencial do Direito a *ter* de aceitar a procedência das ações de “vida indevida”. De facto, se o Direito busca a igualdade, não discriminação, autonomia, autodeterminação, prevalência da vontade e independência do deficiente tanto quanto

⁶⁰ Direito que lhe é reconhecido pelo art.º 20º CRP.

possível, não será aceitável que ele próprio discrimine uma criança no seu acesso à justiça, numa contradição de toda a teleologia base da Reforma.

5. O Direito da Família

Como se tem vindo a apontar na abordagem *supra* exposta, a tendência do Direito Contemporâneo tem dado um papel de destaque aos menores, focando, sobretudo, o novo critério do seu superior interesse. Esse interesse tem vindo consagrado nos mais variados diplomas de Direito da Família, nomeadamente em normas do CC para atribuição das responsabilidades parentais; e em diplomas avulsos como a Lei da Adoção ou a LPMA. No entanto, a sua definição continua a ser relativamente problemática, uma vez que falamos de um conceito indeterminado que, apesar de permitir “obter uma osmose entre o Direito e a realidade”⁶¹ (o que é casuisticamente positivo) continua a manter dificuldades de concretização teórica.

Este critério surgiu com a Reforma de 1977⁶², sendo que o legislador, consciente da complexidade e variedade do contexto familiar, decidiu optar por um critério flexível, que permitisse uma adaptação correta a cada caso concreto. No entanto, passou a ser um critério demasiado amplo, que não consegue abstrair-se dos preconceitos e convicções pessoais de cada magistrado que se vê na posição de ter de o concretizar.

Seja como for, a busca de soluções com base nesta fórmula decorre precisamente da tendência moderna de ver as crianças como sujeitos de direitos fundamentais, dogma esse que deverá ser tido em conta em todas as decisões judiciais, independentemente de como esse critério deva ser julgado em cada caso.

Portanto, este novo critério que demonstra a preocupação do Direito Contemporâneo de individualizar as crianças como personagens principais e não figurantes visa, sobretudo, o direito da criança ao desenvolvimento integral, pelo art.º 69º/1 CRP e serve de base para todas as construções de diplomas e suas alterações, atualmente.

A título exemplificativo e para compreender o impacto que as alterações no Direito das Crianças teve no Direito da Família, alguns diplomas não podem deixar de

⁶¹ **SOTTOMAYOR, M. C.**, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos Casos de Divórcio*, 6ª Edição, Coimbra, Almedina, 2014, p. 41.

⁶² Apesar de só surgir nessa altura na Lei Portuguesa, tal interesse já vinha consagrado internacionalmente desde 1959, com a Declaração dos Direitos das Crianças que, no seu art.º 2º prescrevia que, na elaboração de leis relativas às crianças, “o superior interesse [dessa] constituirá a preocupação fundamental”.

ser analisados porque, até intuitivamente, demonstrarão qual a nova teleologia do sistema, reforçando ainda mais as bases substantivas para a indemnização de “vidas indevidas”.

5.1. Responsabilidades Parentais:

No seio da relação familiar, o Direito da Família tem vindo mesmo a realçar a importância da autonomia do menor, nomeadamente no toca a regular as responsabilidades parentais. Nesse sentido, a Lei nº 61/2008, de 31 de Outubro, com vista a alterar o regime do divórcio, introduziu uma modificação lexical importante, passando o até então “poder paternal” a “responsabilidades parentais”.

À primeira vista poderá parecer uma alteração de menor importância mas, pelo contrário, introduz toda uma mudança de paradigma: “poder parental” designava uma realidade antiga e ultrapassada em que o *pater*, o progenitor masculino, detinha o poder sobre a criança, de forma autoritária, numa visão redutora da figura do filho, em que o papel dos pais seria tão só o de representar o menor. Tal construção, pela consagração da criança enquanto sujeito autónomo, não seria compatível com as alterações sociais e jurídicas a que o Direito se vem a sujeitar, razão pela qual as “responsabilidades parentais” já serão mais compatíveis com a conceção personalista das responsabilidades dos pais para com o filho, estes últimos “a quem é reconhecido um espaço de autonomia e de auto-determinação”⁶³.

As responsabilidades parentais passam a ser um poder funcional de ambos os progenitores, de exercício obrigatório e em que os comportamentos dos pais são movidos por atitudes altruístas, no interesse do filho, com a consagração subjacente de que a criança não é objeto de ninguém mas um sujeito titular de direitos próprios e autónomos, que se vão expandindo gradualmente com o seu crescimento⁶⁴.

⁶³ SOTTOMAYOR, *Regulação...*, *Op. cit.*, p. 19.

⁶⁴ Clara Sottomayor fala mesmo de uma “evolução gradual” ou “emancipação progressiva” que se vai consubstanciando, por exemplo, nas exceções à menoridade (art.º 127º) e o direito do menor a ser ouvido pelo tribunal, em caso de falta de acordo dos pais quanto a questões de particular importância na vida dele (art.º 1901º/3). Para mais exemplos dessa evolução gradual, *idem*, nota de rodapé nº8.

A coerência com esta mudança social e jurídica da visão sobre as crianças mantém-se no art.º 1906º/5 e 7 CC, ao prescrever que o critério para se decidir da residência da criança será o do seu superior interesse, apresentando-se mesmo alguns elementos, exemplificativamente, a atender para determinar o seu conteúdo⁶⁵. No seguimento disso, é também este o critério utilizado para se vir a determinar a guarda da criança a favor de um só dos progenitores, no caso de altas conflitualidades entre eles.

Ainda, apesar de se considerar que as responsabilidades parentais também terão uma vertente de interesse dos pais em manter a relação com o filho, a autonomia deste face a esses também é patente ao verificar-se que, em casos extremos em que seja do superior interesse da criança, ela poderá mesmo não ficar confiada a nenhum dos progenitores mas sim a terceira pessoa idónea⁶⁶.

Este é um primeiro exemplo para se vislumbrar, atualmente, criança enquanto personagem principal no seio das relações familiares, que deverá ver as decisões que lhe digam respeito a serem tomadas no seu interesse, independentemente dos progenitores e sua vontade.

5.2. A Audição da Criança:

Um dos princípios inovadores que consubstancia o superior interesse do menor e que serve mesmo para mais casuisticamente o apurar, é o da audição da criança, demonstrando a busca por uma “cultura da Criança”, nas palavras de Rui Alves Pereira⁶⁷.

A audição das crianças é uma forma de manifestar o seu direito à palavra e de expressar a sua vontade, tal como de promover a sua participação ativa nos processos que lhe digam respeito, preservando-se a sua autonomia e auto-determinação.

⁶⁵ O artigo menciona “todas as circunstâncias relevantes” tais como o “eventual acordo dos pais e a disponibilidade manifestada por cada um deles para promover relações habituais com a criança”. O n.º 7 do mesmo artigo refere ainda que será do interesse do menor manter uma relação próxima com ambos os progenitores.

⁶⁶ Art.ºs 1918º CC e 3º LPCJP.

⁶⁷ **PEREIRA, R. A.**, *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos: o Princípio da Audição da Criança* in: *Revista Julgar*, 2015, Documento de consulta digital disponível em www.julgar.pt;

Tal direito tem, desde logo, consagração internacional no art.º 12º da CDC sendo concretizado, depois, por cada país de forma diferente⁶⁸, consoante os requisitos para se proceder a essa mesma audição. Seja de que forma for, de acordo com o Regulamento Bruxelas II BIS, a não audição de uma criança quando deveria ter sido realizada, sem despacho de fundamentação para a inexistência dessa, levará a que a sentença proferida por um Estado-Membro não seja reconhecida por outro⁶⁹, demonstrando como este princípio é, atualmente, um princípio basilar do Direito da Família.

Em Portugal, a audição da criança nos processos a ela referentes encontra-se em vários diplomas legislativos, desde os art.ºs 4º/1/c), 5º e 35º/3 RGPTC aos art.ºs 84º LPCJP e o 47º e 96º da LTE. De tais normas podemos concluir que: qualquer criança deverá *sempre* ser ouvida nos processos que lhe digam respeito, desde que compreenda os assuntos em discussão, consoante a sua idade e maturidade; as declarações da criança serão mais um elemento a ponderar na tomada de decisão quanto ao seu superior interesse e tal audição será realizada de acordo com as formalidades que mais protejam a sua condição de pessoa em desenvolvimento; a criança maior de 12 anos só não será ouvida se tal se demonstrar prejudicial para si; a audição da criança será obrigatória quando se discutam medidas de promoção e proteção dessa.

Mais uma vez, esta nova tendência do Direito é uma manifestação da autonomia da criança e da sua existência enquanto sujeito de direitos, o que reforça a ideia de autonomização da criança para com os pais.

5.3. LPCJP:

⁶⁸ Será curioso notar que os nossos países vizinhos, nomeadamente Espanha e França, não observam uma regra objetiva de idade mínima para a criança ser ouvida, deixando, pelo contrário, à análise do juiz se as declarações deverão ou não ser prestadas, de acordo com a maturidade da criança. Já, por outro lado, a Alemanha consagra uma idade mínima de 14 anos para a audiência obrigatória, não obstante a maturidade da criança poder implicar que seja ouvida antes disso.

Daqui se conclui que estes países, tal como o nosso, apesar de, de formas diferentes, também observam as novas linhas orientadoras do Direito da Família e dos Menores. Assim sendo, as conclusões em matéria de *wrongful life* para o nosso país serviriam, quase na íntegra, para justificar também a indemnização nesses países.

⁶⁹ Vide motivações 19, 20 e 21 e art.ºs 11º/2, 3º/b), 41º/c) e nº2 e 42º/a) do Regulamento (CE) nº 2201/2003 do Conselho, de 27 de Novembro de 2003.

Acompanhando as tendências do Direito Contemporâneo, também a LPCJP sofreu alterações nos últimos anos, sendo a última proveniente da Lei nº 23/2017, de 23 de Maio. Alguns pontos, na sequência dos que têm vindo a ser apontados, merecem destaque aqui:

Primeiramente, apesar de a última alteração à Lei datar de 2017, as modificações mais significativas no que agora nos concerne datam de 2015. Desde logo, com a Lei nº 142/2015, aditaram-se três novos princípios ao art.º 4º: o “interesse superior da criança”, o “primado da continuidade das relações psicológicas profundas”; e a “prevalência da família”. Qualquer um destes princípios poderá ser uma boa base para fundamentar conclusões para a questão que nesta Dissertação se impõe: deverá a criança ser indemnizada por “vida indevida”?

Analisemos, então: o “princípio do superior interesse da criança”, em que ancoramos todas as formulações sobre o atual Direito da Família já foi cogitado *supra*. No entanto, alguns esclarecimentos deverão ser feitos quanto aos outros dois princípios: o “primado da continuidade das relações psicológicas profundas” baseia-se na ideia de manutenção das relações afetivas que sejam saudáveis para o desenvolvimento cognitivo e moral da criança, procurando estabelecer um *attachment* entre a criança e o seu ambiente familiar. Surgindo no contexto da proteção de crianças em perigo, o princípio visa sobretudo dar prevalência ao acolhimento em contexto familiar em detrimento do acolhimento institucional.

O princípio, independentemente do contexto em que surge, tem subjacente a ideia de manutenção de laços afetivos e de relações da criança com pessoas com quem tenha ligações profundas, com o objetivo de se evitar que, ao quebrar essas relações, se perturbe o desenvolvimento saudável físico-psíquico da criança. Como tal, o Direito faz prevalecer, mais uma vez, os interesses da criança, independentemente da vontade de qualquer adulto que cuide dela.

No seguimento desse princípio, logo se adita também no art.º 4º/h) a “prevalência da família”, concluindo-se que ambos têm o mesmo objetivo: integrar a criança numa família, quer seja na sua família biológica ou mesmo em outra forma de integração familiar estável. Busca-se, outra vez, o superior interesse da criança, para o seu normal e saudável desenvolvimento.

A LPCJP tem como objetivo promover os “direitos e a proteção das crianças e dos jovens em perigo”. No entanto, a teleologia que todo o diploma tem por base, em concordância com as novas noções do Direito da Família e dos Menores, não pode deixar de ser tida em conta. De facto, o que se busca, no Direito, com todas as Leis a mencionar e nomeadamente com a LPCJP é “garantir o bem-estar e desenvolvimento integral”⁷⁰ das crianças, através da verificação do seu superior interesse e também a prevalência da família, enquanto forma de preservar o crescimento saudável das crianças.

Portanto, em mais um diploma, o Direito busca o desenvolvimento integral das crianças, como seres autónomos e titulares de direitos, independentemente dos seus progenitores ou cuidadores, não sendo objeto de ninguém mas sujeitos singulares, merecedores de proteção e de auxílio para o seu digno crescimento.

5.4. O Art.º 1887º-A:

Outro exemplo paradigmático da mudança de foco da vontade dos pais para a autonomização da criança encontra-se na adição do art.º 1887º-A com a Lei nº 84/95, de 31 de Agosto. O novo artigo prescreve que os pais não podem “injustificadamente privar os filhos do convívio com os irmãos e ascendentes”.

Assim sendo, como bem entende Clara Sottomayor, “a criança passou a ser titular de um direito autónomo ao relacionamento com os avós e com os irmãos”⁷¹. Será de notar que este direito, a que poderemos mesmo chamar direito de visita, no que diz respeito à relação com os avós, não será um direito subjetivo desses mas tão só da criança. Portanto, as crianças não são também objeto de direitos dos avós mas têm um novo direito, a ser consagrado para o seu desenvolvimento, com base na ligação afetiva que existe entre elas e essa família alargada e independentemente da vontade dos progenitores na manutenção desses laços. Logo, ainda na esteira da mesma Autora, “esta nova sensibilidade social traduz-se no princípio de que a criança não é uma coisa,

⁷⁰ Art.º 1º LPCJP.

⁷¹ SOTTOMAYOR, *Regulação...*, *Op. cit.*, p. 205.

propriedade dos pais, mas antes um sujeito de direitos, um ser autónomo, cujos afetos devem ser respeitados pelos pais”.

Subjacente a esta nova regra estará a ideia de preservar o crescimento e formação da criança, uma vez que a relação desta com os avós e com os irmãos será um contributo necessário para o seu desenvolvimento psicológico e é mesmo uma forma da criança conhecer a história da sua família, num reconhecimento claro do direito ao conhecimento das origens.

Como tal, este novo artigo vem criar duas novas realidades: por um lado, cria um limite às responsabilidades parentais, limitando-se o direito dos pais à companhia e educação dos filhos (**art.º 36º/5 e 6 CRP**); mas, por outro lado, também demonstra a necessidade de preservar sempre o desenvolvimento da criança e a manutenção dos seus laços afetivos com a família alargada, independentemente da vontade dos progenitores, não tanto no benefício dos avós e irmãos mas sempre, sim, no superior interesse da criança, o verdadeiro titular deste direito subjetivo de visita⁷².

Com o que fica dito, claramente o Direito evolui também, com esta alteração, no sentido de fazer prevalecer o superior interesse da criança, para o seu desenvolvimento enquanto ser autónomo e separável dos pais. Estes podem não querer a manutenção de uma relação afetiva entre o filho e os avós mas esse já não será um critério relevante para proibir uma relação que, individualmente, beneficia o crescimento da criança. Atualmente, “os pais não têm um poder absoluto relativamente aos seus filhos e os tribunais gozam do poder de intervir na família para proteger o interesse da criança”⁷³.

Neste sentido, apesar de as decisões variarem entre tribunais, algumas com mais mérito que outras, a verdade é que a tendência jurisprudencial a que se assiste vai, *p.e.*, no sentido do recente Acórdão do TRL de 08/02/2018: no caso, depois do divórcio dos progenitores, a mãe planeava já formar família com outro homem e, por isso, decidiu

⁷² Claramente não se poderá negar que também se tutela o interesse dos avós e dos irmãos na manutenção da relação com a criança. No entanto, será o superior interesse da criança que sempre prevalecerá em qualquer tomada de decisão quanto a este assunto, uma vez que o valor tutelado pela norma sempre será a continuidade das relações afetivas da criança.

Como refere Clara Sottomayor, com esse valor a tutelar por base, a norma do art.º 1887º-A tanto aparece como demasiado ampla como também demasiado restrita. No entanto, não será esta a cede para tal discussão, uma vez que nos limitamos a uma abordagem teleológica e sistemática do Direito da Família que nos poderá auxiliar a resolver a questão da presente dissertação. Para mais desenvolvimentos sobre o art.º 1887º-A, *vide* **SOTTOMAYOR**, *Op. cit.*, pp. 210-221.

⁷³ *Idem*, p. 211.

afastar a avó paterna da sua filha. O TRL seguiu o novo art.º 1887º-A: presumiu-se que o convívio da menor com a avó era benéfico para ela e no seu interesse, sendo um direito seu a que a mãe não poderia obstar, salvo se invocasse um motivo válido. Ao não o ter invocado, foram concedidas as visitas à avó, para um melhor desenvolvimento psíquico da criança.

Em suma, novamente aqui se separa a criança dos seus pais, com direitos, vontades e interesses individuais que não deverão ser restringidos por esses ou mesmo confundidos com os direitos dos próprios.

5.5. A Lei nº 143/2015 e a LPMA:

A Lei nº 143/2015, de 8 de Setembro vem formular algumas alterações ao CC e CRC no que concerne a adoção de menores, aprovando também um Regime Jurídico para esse processo.

A principal alteração que se encontra, com esta Lei, é o fim de um regime dualista de adoção, que fazia oscilar o mesmo instituto “entre o “menos” e o “mais””⁷⁴, consoante se tratasse de uma adoção restrita ou ampla. Atualmente, a adoção tem sempre o mesmo valor unívoco, dando uma nova dignidade ao instituto mas também permitindo uma melhor prossecução do interesse da criança, uma vez que a antiga adoção restrita levava à manutenção da relação da criança com a sua família biológica, limitando-se a remeter o exercício das suas responsabilidades parentais para um terceiro, o adotante. Pelo contrário, a adoção plena (atualmente, a única adoção que existe) implica a inserção exclusiva do menor no seio familiar do adotante, extinguindo-se as suas relações com a família biológica.

Ora, o Direito da Família, mais que nunca, preocupa-se com a criança, com a sua vida, com o seu desenvolvimento, com o seu superior interesse. E esse, desde logo, e tomando por base também o art.º 71º CRP quanto ao direito à família, busca que os menores tenham um verdadeiro meio familiar que lhes proporcione todas as condições

⁷⁴ PEREIRA, M. S., *Direito da Família*, 2ª Edição, Lisboa, AAFDL, 2018, p. 478.

necessárias para um efetivo desenvolvimento psicológico e físico. Como tal, primeiramente, a divisão de um mesmo instituto como a adoção, com vista a integrar um menor numa família que o apoiasse, parece paradoxal, colocando algumas crianças como “filhas e outras como enteadas”, sendo que uma adoção pareceria sempre valer mais do que a outra; Por outro lado, será impossível não notar as fragilidades de um sistema de adoção restrita: o menor sempre se veria dividido entre duas famílias e, principalmente, duas figuras parentais com valor distinto, podendo mesmo levar a que nenhum verdadeiro e intenso laço afetivo se criasse entre a criança e qualquer dos familiares, fazendo com que ela se sentisse fragmentada e confusa quanto ao seu verdadeiro lugar. Ainda, regra geral, as crianças que são adotadas precisam de um verdadeiro meio familiar, diferente daquele que têm, sendo crucial conceder-lhes uma verdadeira família que as possa cuidar e não mantê-las num ambiente possivelmente indigno mas com o exercício das responsabilidades parentais remetidas a um terceiro. Terceiro esse que, por não se considerar um verdadeiro progenitor para a criança, também não teria muito interesse em prosseguir os seus interesses.

Como tal, na esteira da necessidade de buscar um verdadeiro meio familiar para o desenvolvimento da criança, a alteração desta Lei levou a demonstrar o foco que se dá ao superior interesse da criança. A adoção passou a ser um instituto unívoco que busca a integração da criança numa família para melhor se desenvolver, deixando o acompanhamento característico do que seria a adoção restrita para um instituto não tão pessoal como será o apadrinhamento civil.

Assim sendo, atualmente, o instituto limita-se à sua antiga forma de adoção plena mas com uma particularidade que não poderá passar despercebida: pelo art.º 1986º/3 CC, apesar de a adoção extinguir as relações existentes entre o menor e a sua família biológica, essa relação poderá ser mantida, sobretudo entre irmãos, desde que seja no interesse da criança⁷⁵. Ou seja, a adoção visa a integração da criança num meio familiar e, para tal, até para não confundir a própria, as situações familiares serão somente entre a criança e a família adotiva. No entanto, esse critério de exclusividade

⁷⁵ De facto, o art.º 1986º/3 indica dois requisitos à manutenção desta relação: que os pais adotivos consintam na manutenção; e que seja no superior interesse da criança. Como refere Margarida Silva Pereira, apesar de se referir o consentimento dos pais afetivos, será contrário ao sistema alguma vez fazer esse critério prevalecer em relação ao superior interesse da criança, que deverá sempre ser a base da decisão. Aliás, demonstrando que o foco se encontra nesse, a mesma lei vem permitir a manutenção de ligações entre a família adotiva e a biológica quando se queira preservar também o interesse do menor, numa imposição de contactos sem natureza familiar que só poderá ser para favorecer o adotado.

cederá sempre que o interesse da criança o imponha, demonstrando, mais uma vez, a importância de autonomizar a criança e buscar tão só o seu desenvolvimento.

Autonomizando a criança e demonstrando o foco que cada vez mais se dá ao seu desenvolvimento, o regime da adoção prevê, na sua tramitação, a audição obrigatória da criança e a sua participação, sempre que necessária no processo, conforme as considerações *supra*. Para mais, valorizando a adoção como verdadeira relação familiar e como busca de um meio familiar verdadeiro para a criança, será coerente que a adoção não possa simplesmente cessar por qualquer erro.

No entanto, no que concerne ao regime da adoção, quer-me parecer que será mais importante notar o debate quanto à possibilidade do adotado de conhecer as suas origens. Esse direito, atualmente, encontra-se consagrado por via do reconhecimento de um direito ao auto-conhecimento da identidade genética e a história da pessoa humana. Esta possibilidade que a lei dá faz prevalecer esses direitos e interesses da criança a eventuais interesses dos adotantes ou dos pais, demonstrando que a criança não será objeto de nenhum deles mas será mesmo autonomizável em relação a eles, com opiniões próprias a ser respeitadas.

Este confronto entre a vontade de conhecer as origens do adotado e a opinião dos adotantes encontra-se resolvido no art.º 6º RJPA: assim, o artigo indica que deverá haver a autorização dos pais adotivos para o menor poder conhecer as suas origens. No entanto, com base no nº6, independentemente da menoridade e com fundamento em razões ponderosas, o tribunal poderá autorizar o acesso a elementos da história pessoal do adotado, concretizando-se, mais uma vez, o superior interesse da criança.

Esta problemática referente à confidencialidade encontra-se também no regime jurídico da PMA. No entanto, aqui a questão torna-se mais problemática, uma vez que haverá argumentos a ponderar também quanto à necessidade do anonimato para conseguir atrair mais doadores.

De facto, o art.º 15º LPMA veio, no confronto entre a intimidade da vida privada e o direito ao anonimato dos doadores e o direito à identidade e historicidade do menor, decidir-se pelos primeiros valores, considerando que as pessoas nascidas de PMA poderão obter informação de natureza genética e referente a existência de impedimento a casamento mas não poderão saber a identidade do doador, salvo se ele o permitir.

Fazem essa regra ceder somente, pelo nº4, quando houver razões ponderosas reconhecidas por sentença judicial.

Desde logo, esta tomada de posição não parece coerente com a decisão tomada no instituto revisto até agora, da adoção. Percebe-se a necessidade de atrair doadores mas, no entanto, não deverá ser com o descuro do direito às origens, historicidade e identidade das crianças.

Como tal, o Tribunal Constitucional, com o Acórdão nº 225/2018, veio declarar o art.º 15º/1 e 4 inconstitucionais, numa solução que me parece sistematicamente correta. De facto, essa norma viola gravemente a identidade pessoal e o desenvolvimento integral da criança (art.ºs 26º e 18º/2 CRP). A respeitar-se o sistema, a regra deveria ser a inversa: deveria considerar-se que não haveria anonimato, salvo se houvessem razões ponderosas que o tornassem necessário.

Com esta visão breve mas ampla do novo regime da adoção e a solução que o TC claramente considerou incorreta de recorrer ao anonimato, conseguimos facilmente concretizar os ideais do Direito da Família Contemporâneo: valoriza-se mais o superior interesse da criança, que se desdobra na necessidade de buscar um ambiente familiar para a criança, digno e propício ao desenvolvimento integral desta, sendo autonomizada dos pais e buscando, o Direito, dar prevalência às suas necessidades e causas, em vez de as confundir com as dos seus progenitores.

À luz disto, pareceria razoável que o mesmo Direito autonomizasse a criança em relação aos pais para lhe conceder uma indemnização que primordialmente a ela diz respeito, por ser a si que respeitam as dificuldades de desenvolvimento físico e psíquico. Numa analogia que não poderá deixar de ser feita, vejamos que três dos critérios para decretar uma adoção são totalmente prosseguidos com a procedência de uma indemnização de “vida indevida”: realiza-se o superior interesse da criança; traz benefícios a essa mesma criança; e funda-se num motivo legítimo que, como iremos ver a seguir, não poderá deixar de ser o princípio da responsabilidade subjetiva.

Face à realidade social e jurídica, não poderão restar dúvidas quanto à tomada de posição do Direito da Família quanto à necessidade de focar as decisões relevantes a

assuntos das crianças nelas mesmas, buscando-se uma separação da criança em relação aos pais, o que mais ainda justifica que a criança seja indenizada independentemente dos pais, sobretudo enquanto principal lesada da conduta médica.

6. O Direito dos Nascituros

Na análise da responsabilidade civil nas *wrongful life actions*, tomaremos como facto ilícito gerador da responsabilidade a omissão médica de informação aos pais ou transmissão de informação errada. Assim, verificamos que esse facto se dá na altura em que o autor da ação nada mais era do que um nascituro. Na realidade, o dever de informação estava temporalmente limitado ao tempo da gravidez, nomeadamente dentro das 12 semanas em que ainda seria possível à mãe recorrer a IVG, razão pela qual ainda não se tinha dado o nascimento do autor⁷⁶.

Uma das objeções à procedência das ações de “vida indevida” é a falta de contemporaneidade da personalidade do nascituro na altura em que se dá a lesão alegando-se que, a não haver personalidade do nascituro, não haveria qualquer esfera jurídica a poder ser lesada.

Desde logo, então, a análise do autor da ação enquanto nascituro não poderá ser ignorada, sendo que também aqui a doutrina e a jurisprudência têm demonstrado uma mais intensa necessidade de proteger esse começo de vida, numa posição do Direito Contemporâneo que também só poderá afirmar a necessidade de indemnização das ações de “vida indevida”.

Temos que nos questionar, em primeiro lugar, da existência ou não de personalidade jurídica do nascituro. Ora, o art.º 66º/1 CC afirma que a personalidade jurídica começa “com o nascimento completo e com vida”. Seguindo uma interpretação literal do artigo, parece que esse só poderia indicar que o nascituro não tem personalidade, uma vez que não nasceu ainda. Por isso mesmo, sem ter personalidade, não teria quaisquer direitos (uma vez que essa é a suscetibilidade de ser titular de direitos e obrigações), não tendo base para qualquer pretensão indemnizatória.

No entanto, Pedro Pais de Vasconcelos⁷⁷ considera que os nascituros serão já seres humanos com vida, sendo o nascimento só mais um marco no desenvolvimento da

⁷⁶ Falamos do momento em que se verifica o facto ilícito e não do momento em que efetivamente se consubstancia o dano. Na realidade, esse parece só se verificar no mundo real com o nascimento da criança, uma vez que só aí se depara com a necessidade de viver com o dano das anomalias.

⁷⁷ VASCONCELOS, P. P., *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Lisboa, Almedina, 2015, pp. 74 ss.

pessoa mas cuja principal importância se verifica nos seus contactos interpessoais, que se passam a estender para além da mãe. Por isso mesmo, por o nascituro já ser um ser humano vivo, não se lhe poderá recusar a personalidade jurídica que, no caso das pessoas singulares, será pré-legal, pelo simples facto ontológico de o nascituro ser um ser vivo⁷⁸.

Da mesma maneira, Leite de Campos⁷⁹ considera que todo o ser humano é pessoa desde a concepção até à morte, sendo que a personalidade jurídica se deverá reportar a esse espaço temporal desde a concepção, tal como a personalidade humana.

É com base nestas ideias que muitos Autores, atualmente, vêm considerar que o art.º 66º/1 CC não se reporta verdadeiramente à personalidade jurídica, que não se pode restringir por lei, mas sim à capacidade de gozo, sendo que essa sim poderá ser limitada e gradual⁸⁰. Dessa maneira, a pessoa já teria personalidade jurídica desde a concepção sem poder ser obstáculo a isso qualquer disposição legal, nomeadamente o art.º 66º⁸¹.

Mas nem todas as posições da doutrina são neste sentido sendo que, Dias Marques entendia que os nascituros não tinham personalidade jurídica mas sim direitos que lhes ficavam reservados e que, mais tarde, retroagiam ao tempo em que tinham sido verificados. No entanto, não se consegue entender como poderiam os direitos retroagir se não houvesse uma personalidade anterior.

Galvão Telles⁸² também considera que o nascituro não tem personalidade jurídica mas carece de proteção jurídica; no mesmo sentido, há ainda a posição de Carlos Mota Pinto⁸³, que considera que há necessidade de tutela do nascituro concebido

⁷⁸ De facto, Pedro Pais Vasconcelos (*Op. Cit.*, 2015) afirma que a verificação de personalidade jurídica das pessoas singulares será um dado de verificação puramente fática e real, não se devendo confundir com a personalidade das pessoas coletivas, essa sim a encontrar-se positivada na lei.

⁷⁹ CAMPOS, D. L., *Lições de Direitos de Personalidade*, Lisboa, Almedina, 2000, pp. 43 ss.

⁸⁰ GONÇALVES, D. C., *Personalidade vs Capacidade Jurídica – Um regresso ao monismo conceptual?* In: *ROA* 75 I/II, 2015, pp. 121-150.

⁸¹ Para Diogo Costa Gonçalves, o art.º 66º CC teve a inquestionável vantagem de equiparar todas as vidas humanas a pessoas jurídicas, acabando com a discriminação contra certas classes de pessoas, à época. Mas, apesar da valoração que o artigo faz, ao afirmar todos os seres humanos como pessoas, a sua sede própria será enquanto um “direito a ser pessoa”, a ser consagrado pela tutela geral dos direitos de personalidade do art.º 70º CC, não sendo um imperativo relevante para atribuição de personalidade jurídica, facto pré-legal.

Para mais desenvolvimentos, cfr. GONÇALVES, *Op. cit.*

⁸² TELLES, I. G., *Introdução ao Estudo do Direito*, 10ª Edição, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, p. 165.

⁸³ PINTO, C. M., *Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012, p. 201.

no que toca às lesões provocadas nele. Estas posições, não atribuindo qualquer personalidade aos nascituros, consideram que o dano só surge na altura do nascimento, altura em que se consuma, apesar de o facto ilícito se ter dado antes desse.

Ainda, atente-se à posição de Capelo de Sousa⁸⁴ que considera que há uma personalidade parcial do nascituro, podendo esse pedir reparação dos seus danos nos casos em que houvesse um dever de um terceiro, por lei ou por negócio, de prestar assistência ao concebido ou à sua mãe.

Heinrich Horster⁸⁵ ainda foca que há uma identidade entre o nascituro e a criança nascida com o dano, razão pela qual, na altura em que o nascituro nasce, as suas lesões se tornam as lesões da própria criança, sendo depois do nascimento que essa adquire o direito à indemnização.

Considerada alguma doutrina quanto à questão de necessidade ou não de contemporaneidade de existência da personalidade e da lesão, será fácil verificar uma certa proximidade entre as ações de “vida indevida” – em que a criança pede indemnização por danos seus quando era só nascituro – e as ações em que uma criança pede indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais seus por morte do progenitor, apesar de ela ser ainda nascituro à data dessa morte. Efetivamente, em ambos os casos, um nascituro está a pedir indemnização por danos próprios apesar de não ser ainda nascido à data da lesão e, como tal, sendo mais os casos resolvidos quanto ao pedido de nascituro por dano-morte do pai, será interessante ver como a jurisprudência tem resolvido essa questão.

Um exemplo desse último caso, resolvido mais recentemente pela jurisprudência do nosso STJ é o Acórdão de 03/03/2014 (relator: Álvaro Rodrigues)⁸⁶.

No que para aqui interessa, resolveu-se o presente caso: com a morte do companheiro e pai dos filhos da Autora, esta vem pedir uma indemnização por danos patrimoniais e não patrimoniais por si e em representação dos dois filhos. Ao filho mais velho, de 16 meses, é concedida indemnização por danos não patrimoniais por se

⁸⁴ SOUSA, R. C., *Direito Geral de Personalidade*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 165 e ss.

⁸⁵ HÖRSTER, H. E., *A Parte Geral do Código Civil Português*, Lisboa, Almedina, 2001, pp. 301 ss.

⁸⁶ No entanto, decisões neste sentido já tinham, também, sido tomadas pelos Tribunais de segunda instância, vide caso do TRL de 21.04.1999 (relator: Marques Pereira); TRL de 12.06.2002 (relator: Teresa Féria) e TRP de 24.01.2006 (relator: Mário Cruz).

considerar que sofreria pela ausência do pai na sua vida; mas já quanto à segunda filha, que viria a nascer 18 dias depois da morte do pai, considera-se não poder conceder essa mesma indemnização, nas duas primeiras instâncias, por não ter personalidade jurídica à data do acidente. Essa decisão veio a ser corrigida pelo STJ, concedendo indemnização a ambos os filhos.

Portanto, parecerá óbvio que a tendência do nosso STJ é a de não discriminar uma pessoa ao não lhe dar indemnização por, à data da lesão, ainda não ter personalidade jurídica nos termos do art.º 66º, por ser ainda mero nascituro. De facto, para fundamentar a sua decisão, o Tribunal corrobora as opiniões de Pedro Pais de Vasconcelos e Leite de Campos, anteriormente mencionadas.

Chegados a este ponto, cabe tomar posição:

De facto, não me parece que seja admissível desprover totalmente o nascituro de qualquer proteção, sendo que há mesmo normas que preveem direitos seus a ser tutelados⁸⁷. Por isso, parece mais razoável considerar que o nascituro, efetivamente, tem personalidade jurídica, numa interpretação que vem fazer face às novas realidades da medicina e da tecnologia, que afastam a incerteza da vida do nascituro, tendo de se responder assim à “lacuna superveniente” do art.º 66º⁸⁸.

Levanta-se então a questão de saber, face a essa personalidade, qual a *capacidade jurídica* do nascituro. Essa questão também se levantou no Direito Alemão: no § 1 BGB dispõe-se, numa formulação semelhante ao nosso art.º 66º, que “a capacidade jurídica do homem começa com o nascimento completo” mas a verdade é que no § 1923 II também lhe são atribuídos direitos sucessórios. Tal “incoerência” despertou logo muitas dúvidas, nomeadamente quanto à existência ou não, afinal, de qualquer capacidade do nascituro para ter direitos. A solução que se encontrou no Direito Alemão, cada vez mais consensualmente, segundo nos conta Diogo Costa

⁸⁷ Como sejam os art.ºs 952º, 2033º e 2240º CC.

⁸⁸ Para Carneiro da Frada (**FRADA**, *A Proteção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião in: Revista da Ordem dos Advogados*, nº 70, 2010), haverá mesmo uma lacuna superveniente do art.º 66º decorrente dos avanços da Tecnologia, que não eram previsíveis à data de elaboração do artigo. Como tal, o artigo deveria ser interpretado em conformidade com o espírito do nosso ordenamento jurídico, considerando-se que “o nascimento completo e com vida” era uma forma de aquisição da personalidade jurídica mas não seria a única, podendo haver personalidade igualmente quando se comprovasse a concepção.

Gonçalves⁸⁹, foi a de considerar que os nascituros tinham uma capacidade jurídica limitada. Aliás, nas palavras de Ernst Wolf e Hans Naujoks (traduzidas pelo Autor) “o nascituro pode ser ou não ser juridicamente capaz, mas não ambas as coisas ao mesmo tempo. Se lhe são imputados direitos e obrigações, a capacidade de ter tais direitos e obrigações não pode ser negada conceptualmente”⁹⁰.

Daí que se conclua que há capacidade jurídica do nascituro mas confinada à tutela civil que seja concedida à vida intrauterina. Como tal, sufragando a opinião deste Autor, considero que não se poderá negar que há capacidade do nascituro de ser titular de direitos que sejam compatíveis com a sua condição, o que tornará claro que ele possa, depois do seu nascimento, vir agir civilmente contra quem considere que lhos lesou.

Em suma, a personalidade jurídica é um conceito pré-legal, de verificação ontológica e alheada de qualquer consideração a formular pelo Direito. Como tal, deverá ser ultrapassada a interpretação literal do art.º 66º CC, não sendo o nascimento o facto originador de personalidade, uma vez que essa é inerente a qualquer forma de vida humana. Portanto, sinto-me tentada a defender, como Costa Gonçalves, a realocização sistemática da personalidade jurídica para o art.º 70º, enquanto tutela geral da personalidade e limitar o art.º 66º ao conceito unicamente de “capacidade jurídica”. Aí, adotando a teoria da capacidade jurídica limitada (essa sim que se poderá reportar ao art.º 66º) poderemos distinguir os direitos do nascituro entre aqueles que não sejam compatíveis com a sua condição, como seja o direito à imagem ou os direitos patrimoniais, nomeadamente os sucessórios, em que o nascimento será uma condição suspensiva para a sua aquisição; e os que sejam compatíveis com a sua condição de nascituro e já sejam exercíveis totalmente, como a integridade física.

Assim, o nascimento completo e com vida do art.º 66º passaria tão só a ser uma expansão da capacidade de gozo da pessoa, semelhante àquela que se dá com a emancipação da criança.

Mas a questão não é assim tão linear. De facto, quer-me parecer que o nascituro terá direitos e personalidade jurídica, apesar de com uma capacidade de gozo limitada

⁸⁹ **GONÇALVES, D. C.**, *O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial in: Revista de Direito Civil*, Ano III, Número 3, Lisboa, Almedina, 2018, pp. 583-614.

⁹⁰ *Idem*, p. 587.

mas seria isso verdadeiramente relevante para esse ter direito a uma indemnização em que é a sua esfera que está a ser danificada?

Parece-me que não. De facto, com ou sem personalidade jurídica, o nascituro teria sempre direito a uma indemnização. E como?

Atendamos a Autores como Galvão Telles, Carlos Mota Pinto, Carneiro da Frada e Antunes Varela. Esses consideram que os nascituros não têm personalidade jurídica mas continuam a merecer tutela. Mota Pinto considera mesmo que se verifica um dever de defender o bem “vida em formação”.

Portanto, independentemente da posição que se tome quanto à personalidade ou não do nascituro, essa questão não será obstáculo a que esse tenha direito a indemnização porque o nascituro terá, seguramente, sempre personalidade humana, que lhe dará especial proteção jurídica. Aliás, “o nascituro não é uma simples massa orgânica, uma parte do organismo da mãe (...) mas um ser humano e, por isso, com a dignidade da pessoa humana⁹¹”.

Por isso mesmo, no caso mencionado, entendeu o STJ que o nascituro teria direito a indemnização por danos não patrimoniais por morte do pai, uma vez que a supressão da vida paterna sempre teria efeitos, quer na vida intrauterina, quer na vida da criança que se viria a desenvolver.

Façamos uma pausa aqui: então, a posição atual da jurisprudência sufragada pelo STJ entende que será irrelevante a personalidade jurídica do nascituro, uma vez que ele sempre terá direito a uma proteção contra lesões na sua esfera jurídica por ser, inevitavelmente, uma pessoa humana, mesmo que em desenvolvimento. De si só, essa tomada de posição demonstra uma tendência indubitável de reconhecer proteção aos nascituros. Não carecem, nas *wrongful life actions* também os nascituros de proteção. Aliás, não carecem de mais proteção? Sobretudo tendo em conta que os danos se verificam diretamente na sua esfera e que o irão afetar toda a vida? Se o nascituro tem direito a danos próprios pela morte do pai, não poderá ter direito a indemnização por danos próprios na sua própria integridade física e na sua qualidade de vida?

⁹¹ Citando o presente Acórdão.

Fazendo ainda menção a Heinrich Horster, o STJ cita que “no momento do nascimento, as lesões sofridas pelo nascituro tornam-se lesões da própria criança, ou seja, de um ser com personalidade”. Esta afirmação concluirá que será mesmo irrelevante que haja personalidade porque, mesmo que não haja, aquando do nascimento, a criança passa a tê-la e a sofrer lesões que deverão ser indemnizadas.

Abona ainda a favor da indemnização do nascituro, no caso do STJ, o facto de ter um irmão já nascido, com apenas 16 meses de idade mas ao qual, unanimemente, se atribuiu uma indemnização. Com base nessa comparação, seria discriminatório e violador do art.º 13º CRP que um filho de 16 meses tivesse direito a compensação mas já a sua irmã, nascida 18 dias depois do acidente, não tivesse esse direito. Aliás, “repugna ao mais elementar sentido de justiça que (...) dois irmãos que sofrem a mesma perda do mesmo progenitor, tenham tratamento jurídico tão gritantemente diferenciado”. Donde se conclui que seria contra a igualdade que, do mesmo comportamento lesivo, com danos para ambos, só um deles pudesse ser ressarcido.

Assim sendo, demonstra-se uma necessidade de tutela e proteção do nascituro, dando-lhe um tratamento igual ao das outras pessoas quando sofra lesões próprias. Façamos o mesmo raciocínio para as *wrongful life actions*: do mesmo comportamento lesivo do médico (a omissão atos ou de dever de informação ou transmissão errada) resultam danos próprios para os pais e para o nascituro. Não será também repugnante que haja um tratamento não só desigual mas discriminatório do nascituro, dando a possibilidade aos pais de verem as suas lesões ressarcidas mas já não o próprio menor que se encontra lesado para a vida toda?

Porquanto fica dito, mais uma vez me parece que o Direito Contemporâneo reforça a necessidade de proteção dos nascituros, sobretudo em face de serem pessoas em desenvolvimento, com a mesma identidade de uma criança que acabará por nascer com lesões provocadas por terceiros, a ter de ser indemnizadas. Com essa base teleológica, como não indemnizar uma criança marcada para a vida com uma lesão que provém de comportamento de outrem, alegando que à data da lesão ainda não teria personalidade para adquirir qualquer direito?

Portanto, pelo contrário, o Direito parece, agora, buscar o sentido oposto, de proteger o nascituro e a criança, ignorando esses formalismos que apenas servem como distração do verdadeiro problema.

7. O Direito do Dano Corporal

Ainda no seguimento do tratamento de Direito substantivo que poderá fundamentar a necessidade de procedência das ações de “vida indevida”, não poderemos deixar de atender ao Direito dos Danos Corporais. De facto, um sujeito ativo legítimo nestas ações terá sempre sofrido um dano corporal, no sentido de ter havido uma lesão à sua integridade física e mesmo moral, consubstanciando um tipo possível de dano pré-natal. Mas muitos outros tipos de danos deste género poderão existir e cuja solução será interessante para, analogicamente, se resolver a problemática da indemnização das ações que temos em mãos.

Primeiramente, poderão ser praticados atos por alguém antes da concepção de uma criança mas que acabam por lhe causar lesões – as chamadas “preconceptions torts”, referentes a danos antes da concepção. Os casos mais recorrentes e até pioneiros nesta matéria surgem no setor farmacêutico, quando a ingestão de um medicamento tem contraindicações que se vêm a produzir não só na própria pessoa que o toma – aqui, a futura mãe – mas também na sua descendência. Ou seja, da administração de um medicamento antes da concepção, vem a resultar uma contaminação e deformação da futura criança⁹².

Como bem refere João Álvaro Dias, ressalvadas as dificuldades de estabelecimento do nexu causal, não haverá qualquer razão para não se aceitar uma indemnização da criança nestes casos, uma vez que não há qualquer necessidade de instantaneidade entre o facto lesivo e o dano por ele provocado (“os atos (...) de que hoje somos sujeitos ativos (...) são passíveis de nos fazer incorrer em responsabilidade no médio e eventualmente no longo prazo⁹³”). Como tal, a criança terá direito a uma indemnização também nestes casos desde que se logre demonstrar o nexu causal entre a ingestão do fármaco e o dano verificado.

⁹² Exemplo disto foram os casos de talidomida. A administração desse fármaco a muitas grávidas, depois de aconselhadas pelos seus profissionais médicos, originou graves e irreversíveis sequelas aos filhos dessas, levantando-se a questão de se poder responsabilizar a indústria desse medicamento por tais danos.

⁹³ **DIAS, J. A.**, *Dano Corporal – quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios*, Lisboa, Almedina, 2001, p. 493.

Já durante a gestação, poderemos falar de casos em que se dá uma lesão à integridade do feto, ainda dentro do útero da mãe, por um comportamento direto de alguém estranho à procriação, como seja um médico⁹⁴. Apesar de ainda tratarmos de responsabilidade civil médica por dano pré-natal, estes casos diferem daqueles de “vida indevida” por verificação direta do nexo causal, uma vez que o feto era saudável mas, por comportamento do médico, deixa de o ser.

As ações provenientes desses factos têm sido consensualmente consideradas procedentes, no sentido de conceder uma indemnização à criança que nasce com lesões reportadas à sua fase pré-natal. Essa consensualidade, que surge a partir de 1946 com a decisão pioneira dos EUA, *Bonbrest v Kotz*, vem acabar com a ideia que durava à longas décadas de não existirem quaisquer deveres de cuidado para com a criança não nascida⁹⁵.

Neste sentido, os Tribunais Italianos⁹⁶ têm vindo a sufragar um “direito a nascer são”, que também tem vindo a ser seguido por vários Autores portugueses. Como tal, este tipo de lesões já não são de todo questionadas enquanto indemnizáveis, quer pela doutrina, quer pela jurisprudência.

Por fim, ainda no âmbito dos danos pré-natais, encontram-se as *wrongful death actions*, para nós comumente conhecidas como as ações sobre “dano-morte do nascituro”. Esses casos acabam por ser originados pelo extremismo das lesões à integridade física do nascituro que temos vindo a mencionar, uma vez que elas acabam por provocar a morte do embrião. Portanto, uma ação por *wrongful death* será aquela

⁹⁴ Limitamo-nos aqui a falar de responsabilidade médica por relacionada com o tema da dissertação. No entanto, essas lesões pré-natais poderão mesmo resultar de comportamento dos progenitores (a analisar *infra*) ou de quaisquer terceiros alheios à procriação, como será o caso, *p.e.*, de um terceiro que, querendo lesar a grávida, a agride e acaba por provocar lesões na integridade do feto também.

⁹⁵ Tal ideia subsistia desde a decisão *Dietrich v Northampton*, de 1884, do Supremo Tribunal de Massachusetts e foi sufragada por vários outros Estados durante quase meio século. No entanto, desde logo se nota o voto de vencido do Juiz Boggs, a considerar que a criança já teria direito à indemnização por danos antes do seu nascimento mesmo que, ao tempo, ainda tivesse no útero da mãe.

⁹⁶ Como exemplo disso, encontra-se logo a decisão do Tribunal de Verona de 15.10.1990: Valentini Silvia nasce com um déficit funcional de 100% em consequência de cuidados pré-natais negligentes dos médicos, o que leva a que o Tribunal conceda uma indemnização quer à criança, pelo dano biológico, como aos seus pais e à irmã pelo “dano à vida de relação”. Alegam, para tal, uma base importante do Direito Contemporâneo: “o nascituro “não tem um direito absoluto e inviolável a nascer” mas tem “a legítima expectativa ao nascimento e, consequentemente, a nascer como indivíduo são”” – DIAS, J. A., *Op. Cit.*, nota de rodapé 1123.

em que é pedida compensação em nome do nascituro por não ter chegado a nascer, uma vez que morreu durante a gestação por comportamento ilícito de outrem⁹⁷.

Em 1985⁹⁸, o nosso STJ não aceitou a indemnização pelo *dano-morte* de um nascituro, com já 9 meses de gestação, considerando que ele não seria ainda pessoa até ao seu nascimento, conferindo só uma indemnização por danos morais aos progenitores, a título próprio. No entanto, essa solução tem vindo a mudar, doutrinariamente⁹⁹ e jurisprudencialmente, havendo já duas decisões das Relações de Coimbra a indemnizarem *wrongful death actions*¹⁰⁰.

Sem grandes dilações sobre o assunto, o problema para a procedência da indemnização encontra-se, sobretudo, nas considerações que se façam sobre o art.º 66º/2 CC. Esse, considerando que “os direitos que a lei reconhece aos nascituros estão dependentes do seu nascimento” cria dúvidas sobre a extinção ou não de todos os efeitos dos direitos que o nascituro tinha. Portanto, se ele não chega a nascer, e o nascimento era condição para adquirir os seus direitos, terá direito à vida, de forma a ser indemnizável o dano-morte?

Na esteira de Mafalda Miranda Barbosa, considero que sim. Como vimos nas lesões pré-natais brevemente abordadas, o Direito, atualmente, concede tutela jurídica à integridade física dos nascituros, compensando os danos que lhes sejam criados. Assim sendo, há uma tutela dos direitos pessoais dos nascituros, independentemente do seu nascimento, ou criar-se-ia, nas palavras da Autora, uma “antinomia normativa”, sendo

⁹⁷ Notemos, desde já, que não falamos dos “danos sofridos pela morte” do nascituro, para os progenitores serem indemnizados por comportamento de terceiro que tenha provocado a morte do seu futuro filho, uma vez que esses danos, sobretudo morais, são consensualmente aceites com a aplicação do art.º 496º CC. Do que falamos é exatamente do *dano-morte*, ou seja, da compensação a título próprio do nascituro por não ter chegado a nascer, ao ter morrido.

⁹⁸ STJ, 25 de Maio de 1985.

⁹⁹ No sentido de procedência da indemnização por dano-morte do nascituro Vide **BARBOSA**, *Em Busca da congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro. A perspetiva do direito civil in: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCII, Tomo I, Coimbra, Faculdade de Direito de Coimbra, 2016, pp. 23-71; **SOUSA**, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 156-167; **GONÇALVES**, *O Início da Personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial In: Revista de Direito Civil*, Ano III, Número 3, CIDP, Almedina, 2018, pp. 583-614;

¹⁰⁰ A primeira decisão nesse sentido é de 29 de Janeiro de 2013 (Relator: Sílvia Pires), em que se considera não só que o nascituro já concebido é titular de indemnização por dano-morte como essa indemnização é, igualmente, cumulável com a indemnização dos pais pelo sofrimento de perder o seu feto. A segunda decisão nesse sentido é mais recente, de 8 de Março de 2017 (Relator: José Eduardo Martins) e considera mesmo que “o dano decorrente da supressão da vida de nascituro é direta e autonomamente indemnizável”.

que a condição do nascimento para evitar a extinção de efeitos dos direitos do nascituro deveria reduzir-se aos seus direitos patrimoniais.

Como tal, se se tutela a integridade física do nascituro, por maioria de razão se deverá também tutelar o seu direito à vida, sendo incoerente deixar sem qualquer consequência jurídica a violação de um direito pessoal privilegiado.

Ainda, quanto às objeções de que a indemnização por dano-morte iria duplicar a indemnização dos pais, bem nota a mesma Autora que, do que se fala verdadeiramente aqui não é do montante indemnizatório – a ser atribuído pelo julgador de forma a, quantitativamente, não enriquecer sem causa os Demandantes – mas sim do fundamento da responsabilidade.

Em suma, da mesma maneira que o Direito tem protegido os nascituros contra lesões à sua integridade física, também protege o mesmo, igualmente, das lesões que lhe sejam feitas à vida. A indemnização por dano-morte deverá ser transmissível aos seus progenitores, por aplicação dos art.ºs 496º/2 e 3 CC mas quer-me parecer que poderá até ser unicamente pedida pelo progenitor-pai contra a mãe nos casos em que ela, deliberadamente, tenha provocado a morte do feto¹⁰¹.

Da breve análise feita a algumas lesões pré-natais, não poderão restar dúvidas da tendência para as indemnizar, protegendo a integridade do nascituro independentemente do seu nascimento, o que, mais uma vez, será benéfico para a procedência de “vidas indevidas”.

¹⁰¹ Aí representando, o progenitor-pai, o filho por nascer, por aplicação do art.º 1878º CC.

8. Posição do Tribunal Constitucional

Significativo para concluir uma análise do Direito Contemporâneo, nomeadamente português, no sentido da sua teleologia exigir a indemnização por “vida indevida”, é o Acórdão nº 55/2016, de 14 de Março – a primeira pronúncia do TC relativamente à constitucionalidade das *wrongful birth actions*.

A factualidade do caso desta ação de apreciação da constitucionalidade, mais uma vez, não diverge dos casos típicos de *wrongful actions*: uma criança, Rúben, nasce com malformações não detetadas em três ecografias feitas à mãe, com o objetivo precisamente de apreciar o desenvolvimento do seu feto. Apesar de a médica afirmar que tudo estava bem com o feto, esse acaba por nascer sem dedos, entre outras malformações, apesar de se vir a confirmar que, no segundo DPN, as deformidades eram totalmente evidentes e detetáveis, havendo uma percentagem de 90 a 95% de fiabilidade do exame.

Por essa negligência médica, os pais de Rúben interpõem ações contra os médicos e o Centro de Imagem Médica de Barcelos, uma vez que a má prática médica, com a violação do dever de informação, não permitiu que os pais consentissem esclarecidamente na prossecução da gravidez e que ponderassem a opção pela IVG, que lhes era permitida.

O caso começa mesmo por ter, em 1ª instância, dois pedidos: um em nome dos próprios pais, por “nascimento indevido” e outro em representação de Rúben, por “vida indevida”. No entanto, este segundo pedido é logo esquecido quando declarado improcedente na primeira decisão. As considerações do Acórdão, no entanto, quanto à *wrongful birth* são muito relevantes uma vez que, por um lado, as objeções a ambas as ações são quase idênticas e, por outro lado, porque demonstra o sentido em que evolui o pensamento jurisprudencial português na matéria.

Prosseguindo com a factualidade, em primeira instância é julgada como procedente a ação de “nascimento indevido”, caindo a de “vida indevida”. Assim, é concedida uma indemnização aos pais, da qual os Réus vêm recorrer para o Tribunal da Relação de Guimarães. Nessa segunda instância é revogada a primeira decisão da

comarca de Barcelos, considerando-se que não haveria nexo causal e que haveria uma contradição, pelo art.º 562º, ao querer comparar-se, para efeitos de indemnização, a existência com a não existência.

Daí é interposto novo recurso, agora para o STJ, pelos Autores, já só quanto à questão da indemnização por “nascimento indevido”. Esse revoga a decisão da Relação, repristinando a anterior e considerando procedente uma indemnização aos Autores. E é nesse seguimento que, insatisfeitos, os Réus pedem recurso para o TC, considerando que haveria uma interpretação inconstitucional dos art.ºs 483º, 798º e 799º CC ao considerar que poderia haver uma indemnização por “nascimento indevido”, uma vez que iria contra o direito à vida do art.º 24º CRP e ainda contra o art.º 67º/2/d), na sua vertente de planeamento familiar. Alegavam, sobretudo quanto ao art.º 24º, que se estaria a dar uma indemnização aos Autores por não terem a possibilidade de abortar, o que seria estar a fazer valer a autodeterminação e a não vida sobre a vida humana que, em qualquer estado de desenvolvimento, seria inviolável.

Ora, substancialmente, é sobre esses temas que o recurso do TC se debruça e são esses que aqui nos interessam analisar:

Primeiro, porque a questão não é comumente debatida nas ações de “nascimento indevido” e porque se apresenta como menos problemática, foquemo-nos no art.º 67º/2/d). Esse, como o TC desde logo nota, consubstancia um direito social constitucional que procura a proteção da família enquanto instituição, independentemente da necessidade de realização pessoal de cada um dos seus membros. De facto, o que se busca em tal artigo é criar imposições ao Estado para com as famílias, de natureza positiva, não se mencionando qualquer direito individual-subjetivo dos membros da família ao planeamento familiar (esse encontrar-se-ia no direito fundamental do art.º 36º CRP).

Os Recorrentes alegavam que haveria uma contradição entre a indemnização e esse artigo, uma vez que entendiam que o preceito, ao prever o planeamento familiar, não permitia o direito ao aborto. O Tribunal rapidamente considera este argumento inválido, por má interpretação desse dispositivo constitucional, uma vez que não é de um direito subjetivo ao planeamento familiar que ele trata, estando totalmente deslocado na questão em apreço.

De facto, o art.º 67º/2/d) impõe uma obrigação *de facere* ao Estado, sendo esse o devedor de *promover informação e acesso aos métodos e meios que assegurem um efetivo planeamento esclarecido de cada membro da sociedade, de forma a que haja um exercício consciente da maternidade e da paternidade*¹⁰². Assim sendo, o artigo, prevendo um direito social, cria uma obrigação ao Estado de promover campanhas que esclareçam as pessoas quanto à procriação e exercício da paternidade e maternidade, o que não será de todo relacionável com o caso em que alguém possa ou não optar por IVG quando devidamente informada, nos termos do art.º 142º CP.

Como tal, esse primeiro argumento no sentido de declarar a inconstitucionalidade da indemnização não é procedente.

Já um argumento muito debatido na jurisprudência e na doutrina quanto a estas ações é precisamente a probabilidade de estar a ser violado o art.º 24º CRP, que prescreve a inviolabilidade do direito à vida. Também aqui o TC considera que não há qualquer violação da CRP pela atribuição de uma indemnização aos progenitores de Ruben.

Para tal, as principais considerações feitas são as de que não estará a haver qualquer disponibilidade da vida humana, uma vez que, ao reconhecer a procedência de uma indemnização de “nascimento indevido” não se está a procurar obter qualquer tipo de restituição natural, com base no art.º 562ºCC mas está-se, simplesmente, a indemnizar um dano de forma supletiva.

Como tal, o TC considera que, ao atribuir a indemnização, não há qualquer “modificação de uma realidade física existencial, tudo se passando no domínio da abstração”. É nesse sentido que também rejeitam o que se tem vindo a chamar o “paradoxo da não existência”, em que se considerava que, nos termos do art.º 562º, teria de se comparar a situação de existência da criança com aquela de não existência, consagrando-se o dano com base nessa diferença de cálculo.

Repete-se também muito, enquanto objecção pelos Recorrentes, que a vida não poderá ser considerada um dano. Mas facilmente se entende que, ao efetivamente só se fazer um juízo em abstrato da questão e não se prevendo qualquer restituição *in natura*, não haverá qualquer desvalor da vida ou qualquer valoração dessa enquanto tal.

¹⁰² Artigo cito.

Como tal, o TC considera que o que se pretende é tutelar indemnizatoriamente a “má prática médica nestas situações, vistas como correspondentes a obrigações de resultado, e de não ser justo, igualmente, não conferir essa tutela aos destinatários da informação contida nesse tipo de diagnóstico”¹⁰³.

Em suma, o TC acaba por confirmar a decisão do STJ, não considerando que há qualquer inconstitucionalidade da interpretação dos art.ºs 483º, 798º e 799º CC por desconformidade com os art.ºs 67º/2/d) e 24º CRP. O primeiro, desde logo, é um artigo quase irrelevante para a questão, uma vez que descontextualizado; Já o segundo, enquanto argumento mais do que previsível para obstar a estas ações, é um artigo que não se encontra violado uma vez que, a prescrição da vida humana enquanto inviolável não está a ser contradita, uma vez que não há qualquer desvalor sobre a vida da criança e não se pretende dispor dessa de maneira nenhuma porque todos os circunstancialismos fundadores da responsabilidade se encontram num campo meramente abstrato que, em momento algum, quer eliminar a criança ou retroativamente abortá-la.

É quanto a este segundo argumento (sobre o direito à vida) que me parece que o Acórdão se torna particularmente interessante. De facto, a maneira como uma objecção quanto ao direito à vida seja tratada nos “nascimentos indevidos” será muito relevante para, analogicamente, buscar o tratamento para a mesma questão em âmbito de “vida indevida”.

Assim sendo, o presente Acórdão fixa uma nova tendência do Direito Contemporâneo na nossa jurisprudência: o direito à vida não se verá comprometido por se deixar proceder uma ação dos progenitores por nascimento anómalo do filho sem informação prévia de que tal sucederia. Isto porque se esclarece claramente que o que os pais alegam é um direito a ser indemnizados por danos que resultaram de incumprimento contratual de que, por acaso, resulta nascer uma criança.

De facto, como refere Menezes Cordeiro, “Quando o contrato seja deficientemente cumprido, ela [a mãe] tem direito a todas as demais despesas assim ocasionadas, despesas essas que não são compensáveis com o gosto que, afinal, até possa ter por acolher mais um filho”, isto independentemente de a criança nascer ou não saudável. Assim sendo, conclui-se que o desvalor da conduta médica não pode ser

¹⁰³ Cfr. Acórdão do TC nº 55/2016, de 14 de Março, pp. 8961.

toldado ou desvalorizado pelo facto de nascer uma criança e tal nascimento dever sempre ser feliz. Pelo contrário, até pode ser uma benesse na vida dos progenitores que aquela criança, com ou sem deficiência, nasça mas isso não implica que não tenha havido mesmo um incumprimento contratual a ser indemnizado. O que será relevante será a ação ser interposta em tal molde que se entenda que não se põe em causa a vida da criança ou o seu nascimento mas a forma como anormalmente foram processados os comportamentos médicos durante a gravidez.

O dano não se confunde com a vida. Isso parece mais simples de evitar numa ação de “nascimento indevido” uma vez que conseguimos facilmente prescrever outros danos como a privação de autodeterminação e liberdade dos pais em consentir esclarecidamente no prosseguimento da gravidez. Mais fácil ainda se torna tendo por trás um contrato de prestação de serviços, uma vez que é perceptível que um incumprimento contratual, de qualquer tipo, origine responsabilidade civil.

No entanto, discordo de Menezes Cordeiro ao considerar que “as pretensões da criança e a dos pais não são, claramente, homogêneas”. Primeiramente, como se verá adiante, entendo que também a pretensão da criança terá por base uma relação contratual; mas, principalmente porque me parece que, se feita a ressalva também a fazer nos “nascimentos indevidos” – de que o dano não é a “vida” mas a vida em condições anómalas, que seriam detetáveis e que permitiriam uma preparação dos pais para minimizar os danos – não haverá qualquer procedência de uma objeção de “dano vida” para os casos de *wrongful life*.

Bastará, então, que em momento algum se alegue que, por exemplo, neste caso, Ruben pede indemnização pelo dano-vida. Bastará que não se apresente a vida, enquanto todo, como um dano mas sim aquele aspeto particular da sua vida – a sua deficiência.

Bastará que a criança não alegue, em termos de aferição do *quantum indemnizatório* que preferia não ter nascido, uma vez que esse já será um juízo de desvalor sobre a própria vida que, apesar de meramente abstrato, já poderá ir no sentido da objeção à indisponibilidade da vida.

Com quanto fica dito, o Acórdão não é extremamente explícito ou completo quanto à matéria, uma vez que ficou limitado às questões de constitucionalidade

levantadas pelos Recorrentes, mas apresenta-se como um bom primeiro passo para analisar a tendência que acredito que se segue para as ações de “vida indevida”. Precisamente, permitindo uma indemnização por “nascimento indevido” e, com ela, acabando com as objeções quanto ao dano-vida e indisponibilidade da vida humana, quer-me parecer que a porta está mais que aberta para que, com a coerência do atual Direito português, se indemneze igualmente a criança que acaba por ter uma vida suplantada de danos por conduta irresponsável do profissional de saúde.

Terminadas estas breves reflexões sobre a teleologia do Direito Contemporâneo nas várias (e não taxativas) áreas em que esta questão se reflete, as conclusões deverão ser óbvias:

Por um lado, já não poderá haver dúvidas que o Direito evolui no sentido de considerar a criança um sujeito independente e autónomo de direitos. Isso vem-se opor a uma visão da criança enquanto um objeto de direitos, nomeadamente dos seus progenitores.

Portanto, a primeira separação que se faz da pessoa do filho é precisamente dos seus pais. Como tal, uma confusão entre o pedido de indemnização dos pais, em *wrongful birth*, com o do filho, em *wrongful life*, seria totalmente inadmissível, criando não uma autonomização dos sujeitos das pretensões mas sim uma dependência ainda maior da criança para com os seus pais, sendo mesmo quase uma objetivação dela, ao ser fonte de enriquecimento dos pais por danos que, apesar de também seus, têm consequências fáticas e jurídicas na pessoa do filho.

Por fim, mesmo abstraindo-nos da dependência que se criaria com os pais, a verdade é que não haveria o respeito da criança enquanto sujeito de direito, ao ignorar o dano que lhe tinha sido provocado pessoalmente, na sua integridade física, preterindo-se o seu direito de acesso à justiça e mesmo deixando impune conduta de outrem contra ele, numa regressão do Direito que não poderá ser admissível.

Portanto, o Direito *exige* a indemnização da criança. Só falta apurar por que via.

Parte III

1. Responsabilidade Civil

Como ficou visto anteriormente, as ações de *wrongful birth* e *life* são substancialmente coincidentes, baseando-se num mesmo facto que provoca danos mas a dois autores distintos: as primeiras aos pais; as segundas à criança.

Do que fica esclarecido da segunda parte desta dissertação, não parecerá que o Direito Contemporâneo possa alhear-se da questão, deixando de indemnizar a criança, uma vez que o escopo das normas, cada vez mais, busca o seu superior interesse, nomeadamente para um desenvolvimento integral.

Com quanto fica dito, resta saber se a maneira como devemos indemnizar a criança deverá ser com a “ministração” da responsabilidade civil ao médico ou se, pelo contrário, deverá haver a remissão para outros institutos, nomeadamente a Segurança Social.

A doutrina e a jurisprudência parecem concluir que, para as ações intentadas pelos pais, a responsabilidade civil é o caminho certo para ressarcimento. No entanto, já não é tão unanime que o mesmo instituto cubra os danos da criança, a efetiva lesada. Como tal, não poderá deixar de se analisar os pressupostos da RC para a imputação de uma *wrongful life* ao médico sem comparar também como se preenchem os pressupostos nas ações de “nascimento indevido”, buscando perceber se as objeções a cada uma das ações são assim tão diferentes. Se não forem, como será possível colmatá-las nas ações dos pais mas não dos filhos, até quando o próprio Direito Contemporâneo “exige” essa indemnização?

Retenhamo-nos, então, nos pressupostos da responsabilidade civil em cada uma das ações para, *adiante*, formularmos conclusões mais concretas.

2. O Facto

Para poder aferir da RC do médico, com base nos pressupostos gerais desse instituto ressarcitório, terá de se encontrar, primeiramente, um facto que tenha sido praticado por esse ou não tenha sido praticado quando deveria ter sido. Será esse facto que fundamentará todas as considerações seguintes, nomeadamente quanto aos restantes requisitos a preencher para se verificar a responsabilidade.

Um facto praticado pelo agente, na conceção buscada pela responsabilidade civil, será qualquer comportamento voluntário, imputado ao próprio por ser controlável por ele. Esse facto não terá somente de consistir numa ação mas também poderá ser uma omissão, nos termos do art.º 486º CC, desde que a prática do facto fosse devida por força de lei ou de negócio jurídico.

Ficará claro que o comportamento do médico suscetível de responsabilidade poderá ser uma ação (ao interpretar mal DPN ou informar erradamente dos seus resultados), mas será, na maior parte das vezes, uma omissão, uma vez que o médico terá preterido a realização de DPN ou a informação do mesmo, deveres que lhe seriam impostos por lei, pelo dever de esclarecimento do paciente do art.º 157º CP ou mesmo por negócio jurídico, com base no CPS com o paciente. Seja como for, tudo se traduzirá na omissão dos seus deveres de diligência, zelo e cuidado¹⁰⁴.

Assim sendo, focando a falta médica no dever de esclarecimento da mãe, desde logo se verificaria que o comportamento voluntário do médico seria fácil de aferir em relação a essa. Portanto, o facto a imputar ao médico nas ações de *wrongful birth* seria sempre a omissão dos seus deveres, nomeadamente no que dizia respeito a DPN.

¹⁰⁴ Será importante reforçar que o “facto” a aferir enquanto pressuposto de RC não será um facto da vida, num sentido de consequências na vida real mas será sim um “comportamento” do agente a quem se quer imputar certos danos. Daí que seja importante, com o devido respeito, desacreditar leituras sobre esta matéria que indiquem o facto a imputar como o “nascimento de uma criança com malformações”. Nesse sentido, tal afirmação, como o faz, por exemplo Paula Natércia **Rocha** (*Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação in: Revista Julgar, 2018, disponível online em www.julgar.pt*), é uma confusão incompreensível do “dano” e do “facto” enquanto pressupostos, que poderá mesmo levantar ainda mais dilemas e mistificações quanto à questão.

Para uma ação de *wrongful life*, no entanto, será o mesmo comportamento controlável do médico que estará em causa, já não quanto à mãe mas sim quanto ao filho, que nasce com anomalias e não tem condições para viver sem danos porque o médico não informou a sua mãe das suas doenças congénitas, preterindo-lhe a possibilidade de realizar uma IVG. Como tal, o comportamento pelo qual buscamos responsabilizar o médico – mas já perante outro agente – é o mesmo: a preterição dos deveres do médico para com a mãe, de onde resulta um nascimento com danos para o nascituro.

Por se buscar a RC com base no mesmo comportamento médico perante a mãe mas também perante o filho, a primeira coluna do Apêndice C preenche-se da mesma forma perante ambas as ações.

3. A Ilicitude

Focado que fica o facto médico ao qual vamos tentar imputar responsabilidade por qualquer uma das ações, teremos de começar por perceber se o ato foi ilícito ou não. Começemos por verificar da ilicitude dessa omissão perante os pais.

Atualmente, já não se poderá negar que, regra geral, haverá uma relação contratual entre o médico e o paciente, através da celebração de um CPS entre eles, ultrapassando-se as visões que consideravam que a medicina era uma atividade não passível de transação e que não haveria normas convencionais sobre essa por ignorância do paciente, que não teria qualquer poder conformador.

Desse contrato que se estabelece, neste caso entre mãe e médico, resultam deveres primários de tratamento mas também deveres acessórios, a destacar os de informação e de obtenção de consentimento informado.

Será no âmbito precisamente desses deveres do médico que se encontrará a responsabilidade deste perante os pais (em especial a mãe), em ações de “nascimento indevido”. Assim, o médico terá, primeiramente, um dever de propor DPN e de o realizar diligentemente, sobre risco de haver incumprimento do contrato por erro médico. Mas, na maior parte dos casos originários de responsabilidade, o médico tinha de informar quanto aos resultados desse diagnóstico e não o fez ou fê-lo erradamente, o que origina incumprimento do contrato por preterição dos deveres acessórios que desse advinham – assim se estabelecendo a ilicitude, nestes casos.

Qualquer um desses incumprimentos, por violação de contrato, irão originar a tutela dos art.ºs 798º ss CC, beneficiando os Autores quanto ao ónus da prova, a presumir-se a culpa do médico pelo art.º 799º.

Com o que fica dito, será fácil de verificar o requisito da ilicitude perante a mãe, para acionar o médico por incumprimento contratual. De facto, haveria um contrato entre ela e o médico que não foi cumprido ao ser preterida ou a realização de DPN que deveria ter sido realizado; e/ou o dever de informação quanto a esse mesmo exame que daria a possibilidade à mulher de consentir informadamente na prossecução da gravidez.

No entanto, não obsta à verificação da ilicitude do comportamento do médico perante a mãe, o facto de não haver um contrato entre eles. De facto, nos casos em que não haja um contrato a servir de base à relação médico-paciente, poderá ainda deitar-se mão à tutela aquiliana, tal como nos casos em que ainda não se possa deitar mão à responsabilidade contratual¹⁰⁵.

Assim, poderemos recorrer ao art.º 483º CC, baseando-nos, para isso, na violação de um direito absoluto da mãe por parte do médico.

Para isso, será fácil de entender que há a violação do direito à autodeterminação pessoal da mulher, no sentido de direito ao planeamento familiar, dos art.ºs 70º CC e 26º CRP; à livre disposição sobre o próprio corpo e o respeito pela integridade moral e física do paciente (art.º 25º CRP). Para mais, ainda violará os art.ºs 156º e 157º CP, no que diz respeito ao consentimento informado e dever de esclarecimento do paciente.

Recuperamos a ressalva feita inicialmente de que não há qualquer direito ao aborto. Certamente, a falta de informação por parte do médico veio impossibilitar que a mãe, caso quisesse, realizasse uma IVG, que seria possível e não punível pela norma do art.º 142º/1/c) CP. No entanto, a previsão do art.º 142º não tem como objetivo consagrar qualquer direito absoluto da mãe a abortar e nem o resultado do DPN tem como finalidades permitir essa interrupção. De facto, a norma do CP torna tão só não punível a conduta da mulher caso interrompa a gravidez nos casos que lá se encontram taxativamente descritos. Já o DPN, como referido anteriormente, tem como finalidade prestar informação relevante quanto ao estado do feto. Apesar de a deteção de doenças congénitas permitir a IVG, não é esse o fim do DPN, não consagrando qualquer possibilidade de direito ao aborto.

Será ainda de notar que este comportamento do médico será suscetível de responsabilidade disciplinar por violar as *leges artis* e as *guidelines* médicas.

¹⁰⁵ Serão os casos em que o contrato, apesar de formado, seja nulo; sempre que se esteja em hospital público; ou sempre que os danos causados extravasem o âmbito contratual de proteção. Para mais pormenores, cfr. **PEDRO, R. T.**, *A Responsabilidade Civil do Médico*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 62 ss.

Já quanto à ilicitude desse comportamento médico quanto à criança que nasce com malformações, as questões levantadas têm sido mais que muitas para obstar ao preenchimento desse requisito, regra geral, porque a doutrina busca a ilicitude na violação de um direito¹⁰⁶ absoluto da criança. Nestas situações, é, de facto, difícil encontrar-se um direito tradicional especificamente violado da criança. No entanto, a doutrina e a jurisprudência não se têm imiscuído da questão, sendo vários os “novos direitos” fundamentais ou de personalidade que se têm alegado existir, como serão os “direitos à não existência” e o “direito à normalidade”.

Essa questão merece especiais ressalvas:

3.1. Novos Direitos Fundamentais:

Quer-me parecer compatível com a evolução do Direito Contemporâneo a possibilidade de se consagrarem novos direitos, nomeadamente fundamentais, que poderão ser importantes num Estado em que a ciência e a tecnologia cada vez mais se desenvolvem. Esses cada vez mais rápidos avanços quase *exigem* a atualização dos direitos das pessoas para as proteger face aos novos riscos da sociedade.

Uma leitura nesse sentido sempre será conciliável com o princípio da não tipicidade, a extrair do art.º 16º CRP. Nesse sentido, seguindo de perto Vera Raposo, “os direitos fundamentais não formam um conjunto estático e fechado, mas sim uma categoria aberta a múltiplos desenvolvimentos e conceções, continuamente enriquecidos com fluxos de energia proveniente do seu entorno político, económico, social e cultural”¹⁰⁷.

A mesma Autora agrupa os direitos fundamentais em quatro categorias, considerando que a terceira e quarta já representarão o que considera “direitos

¹⁰⁶ Naturalmente que as considerações a precisar quanto a quaisquer direitos da criança, por se reportarem à altura em que ela não passava de mero nascituro, sempre irão pressupor que essa já tinha personalidade jurídica ou que, pelo menos, já era suscetível de direitos, independentemente da forma que se ache para os justificar.

¹⁰⁷ **RAPOSO, V. L.,** *O direito à imortalidade*, Lisboa, Almedina, 2014, p. 63.

novos”¹⁰⁸, utilizando essa expressão não só para os direitos totalmente inovadores quanto aos consagrados no nosso ordenamento jurídico e deles independentes; mas também para as novas interpretações a extrair dos direitos fundamentais já expressamente consagrados.

Na quarta categoria de direitos fundamentais que a Autora menciona, incluir-se-iam novos direitos quanto à medicina e à genética, nomeadamente os “bio-direitos fundamentais” em que se incluiriam, *p.e.*, os direitos reprodutivos. Se quiséssemos consagrar novos direitos no âmbito da saúde e, concretamente, nas ações de que tratamos, seria nesta categoria. No entanto, a consagração de novos direitos fundamentais não é uma atividade a fazer de ânimo leve: por um lado, “grande parte dos chamados “novos direitos” não são mais do que novas dimensões de direitos já existentes, cuja “descoberta” foi adiada para agora porque, neste momento do nosso estágio evolucionar, se fez sentir a sua necessidade, por força de uma nova forma de vida e de novas concepções que entretanto se afirmaram¹⁰⁹”; por outro lado, a consagração indiscriminada de novos direitos poderá vir a banalizar o tratamento desses, resultando na sua vulgarização, o que seria inconciliável com matérias tão sensíveis.

Portanto, a primeira tarefa para, possivelmente, encontrar um direito que fundamente responsabilidade extracontratual para com a criança será perceber se há necessidade de se consagrar um direito para essa *ex novo* ou se, pelo contrário, se poderá fazer uma interpretação de um direito já existente nesse sentido.

Centremo-nos, então, nos direitos fundamentais que poderiam basear a pretensão da criança:

Primeiramente, encontramos o art.º 64º CRP, com a simples epígrafe “Saúde”. Apesar de chamar logo a atenção, uma vez que nos movemos no campo da Medicina, uma leitura rápida do preceito e da sua localização sistemática permite-nos logo antever que o dispositivo é, primordialmente, um dever estadual de proteger a saúde de todos os cidadãos, criando sobretudo obrigações – exemplificadas no artigo – para o Estado

¹⁰⁸ A primeira categoria corresponderia aos “direitos de liberdade” e a segunda aos “direitos de igualdade”. Para mais desenvolvimentos, *vide* **RAPOSO**, *Idem*, p.99.

¹⁰⁹ *Ibidem*.

concretizar. Assim, no sentido do que alega Jorge Canotilho¹¹⁰, haverá uma dupla vertente da proteção da saúde: uma negativa, de nem o Estado nem terceiros poderem prejudicar a saúde de algum particular; e uma positiva, impondo medidas estaduais para prevenir doenças, tais como a criação de um SNS. Na CRP, como alega o Autor, é sobretudo dada relevância ao dever social do Estado de adotar essas condutas e, como tal, não parece ser um direito que possa englobar as ações entre particulares para ressarcir uma “vida indevida”.

No mesmo sentido, consagrando também um direito social, encontra-se o art.º 66º CRP que, apesar da expressão apelativa na sua epígrafe, como seja “qualidade de vida”, limita o seu significado a uma qualidade propagada por atuações do Estado sobretudo para preservar o meio ambiente, numa preocupação especialmente intergeracional.

Quer-me parecer, então, que nenhum dos dois artigos poderia ser interpretado no sentido aqui buscado, uma vez que a sua etimologia consagra principalmente obrigações do Estado, enquanto direitos sociais. Como tal, só uma interpretação mais minuciosa do direito à vida (art.º 24º CRP) e à integridade física (art.º 25º) conjugada com o princípio da dignidade da pessoa humana (art.º 1º) poderiam, eventualmente, resolver a questão, resultando dessa “fusão” um eventualmente novo direito fundamental¹¹¹.

Muitas têm sido, então, as propostas jurisprudenciais e doutrinárias de novos direitos que não podemos deixar de notar.

3.2. Direito à não existência

¹¹⁰ CANOTILHO, J. G./MOREIRA, V., *Constituição da República Portuguesa Anotada*, Volume I, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2014, p. 825.

¹¹¹ Será fácil de entender que também não seria qualquer interpretação isolada do “direito à vida” que poderia resolver a questão. Claramente, o “direito à vida” apresenta-se como particularmente restrito no âmbito que se busca, uma vez que não se alega que a criança não quisesse viver ou que não esteja viva mas que a sua vida necessitava de uma dignidade superior àquela que tem.

Ainda, o “direito à integridade física” também não poderia ser aqui utilizado singularmente, uma vez que não há qualquer violação dessa por parte do médico, sendo a criança já concebida com essa lesão sem comportamento de qualquer agente.

Portanto, só mesmo a conjugação desses dois direitos com uma interpretação atualista baseada na dignidade da pessoa humana poderia, eventualmente, resolver a questão.

Esse direito foi mencionado enquanto obstáculo à procedência da ação de “vida indevida”, no primeiro caso português deste tipo, no Acórdão do STJ de 2001.

Seria fácil estabelecer a ilicitude do comportamento médico se houvesse a efetiva violação desse direito. Mas, para tal, era preciso que o direito existisse e logo se levanta a questão: seria essa existência compatível com o Direito Contemporâneo?

Seguramente, o direito à não existência parece-me uma impossibilidade jurídica, para além de ética e mesmo moral (campos que, no entanto, aqui não serão abordados). Para além disso, o seu âmbito não abrangerá de todo as nossas ações.

Notemos, desde logo, na esteira de Sara Gonçalves da Silva¹¹², que haverá uma diferença clara entre um “direito à não existência” e um “direito a não nascer”, consoante o momento a que cada direito se postula. O primeiro reporta-se à data anterior à conceção, mesmo que relativamente incerta e, o segundo, ao momento certo do nascimento completo e com vida, como referido no art.º 66º/1 CC.

Ora, a nossa jurisprudência tem colocado o foco da questão num “direito à não existência” que, com certeza, não me parece ser o caso das *wrongful life claims*. Vejamos que o que se alega é que a criança não deveria ter *nascido* naquelas condições e não que não deveria ter sido concebida. Portanto, esse direito, a existir, seria referente a casos mais particulares, em que a criança nasça deficiente quando não deveria sequer ter sido concebida. Nos casos de “vida indevida”, a criança é, regra geral, planeada ou a gravidez é mesmo aceite e querida, encontrando-se o problema mesmo naquele concreto *nascimento*, uma vez que a criança surge em condições diferentes das planeadas e expectadas.

Portanto, um “direito à não existência” não seria nunca o direito a alegar por uma criança que, apesar de querida, nasce em condições anómalas.

Assim, debrucemo-nos sobre um hipotético *direito a não nascer*. As questões são de várias ordens: primeiramente, quem será o sujeito de tal direito?

A titularidade do direito não se me sugere problemática. Vejamos, como bem atenta Carneiro da Frada, que os direitos sem sujeito, desde que os mesmos sejam

¹¹² **SILVA**, *Vida Indevida (wrongful life) e o direito à não existência in: Repositório das Universidades Lusíada*, p. 145, nota de rodapé 75, 2015, Documento Digital disponível online.

sujeitos futuros e determináveis, são bastante adaptáveis e até recomendados para o Direito Contemporâneo, nomeadamente no que diga respeito às questões intergeracionais, tais como o Direito do Ambiente. Portanto, que uma criança futura seja titular de um direito, quando nascer, não me parece de todo chocante, ideia até que pode mesmo vir sufragada nos direitos que são conferidos aos nascituros, já analisado em sede própria, *supra*.

Curiosamente, o único Autor português¹¹³ que sufraga um direito deste tipo, considera que a sua titularidade será da mãe e, eventualmente, que será um direito a autonomizar-se no património da criança, quando nasça. Com o devido respeito, parece-me uma posição forçada: um direito a não nascer, porque pessoalíssimo (tendo de ser, sem dúvida, a existir, um direito de personalidade a subtrair da tutela geral da personalidade do art.º 70º CC), sempre deveria ser única e exclusivamente do próprio titular da vida a que se refere, não devendo nunca ser um direito no património de terceiro. Entenderia se o Autor considerasse que o direito era do feto que, pela sua condição, teria de ser representado pela mãe, caso contrário “o direito nasceria morto”, negando-se uma tutela efetiva jurisdicional, uma vez que esse direito se encontrava limitado temporalmente ao tempo prescrito para IVG. No entanto, que seja um direito da mãe também? Parece-me absolutamente violador da inerência dos direitos de personalidade ao próprio indivíduo. Até porque a possibilidade que cabe à mãe de exercer IVG sem ser punida encontra outras justificações que não um direito a não nascer da criança, como os seus direitos ao planeamento familiar e liberdade reprodutiva para uma maternidade consciente.

Os problemas surgem ainda quanto a outras questões: a ser quase a outra face do direito à vida, seria um direito que, pela importância que teria, deveria encontrar consagração própria na lei, se não mesmo na CRP; e, para mais, esse direito seria extremamente discricionário, podendo qualquer pessoa alegar que considerava que preferia não ter nascido, passando cada pessoa quase a exercer o papel de Deus, a decidir se deveria ou não estar vivo. Os receios das *wrongful life actions* seriam efetivados ao permitir um *slippery slope* em que qualquer pessoa poderia mesmo, qualquer que fosse a sua condição, alegar que estaria melhor sem nascer: quem nascesse

¹¹³ ROSA, *Não existência, um direito?* In: *Revista Julgar*, nº 21, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 47-55.

em família pobre; quem nascesse com graves problemas de auto estima; quem nascesse em país diferente do que escolheria para si...

Seria compaginável com o Direito, apesar das suas grandes evoluções, aceitar que agora, cada um, discricionariamente, viesse litigar contra os pais, contra médico ou mesmo contra terceiro porque não queria nascer? Porque, sinceramente, quem nunca colocou a questão de não ter nascido? Se esses pensamentos simplesmente derrotistas pudessem acionar o Direito, os tribunais estariam cheios de casos que, em bom rigor, nem seriam analisáveis pelo Direito mas sim pela Psicologia.

Com toda a certeza, a haver um direito do Autor de uma *wrongful life*, não será esse, até porque a criança nunca deverá alegar não querer ter nascido mas sim não ter nascido *com aquelas anomalias que eram detetáveis*.

3.3. Direito a nascer saudável

Já compatível com o espírito do Direito Contemporâneo, e focando-nos na conjugação do “direito à integridade física” atualizado pela nova realidade do que será a dignidade humana, poderia retirar-se um direito a nascer saudável.

Apesar de me parecer um direito que, mais cedo ou mais tarde, se encontrará civilmente reconhecido, por exemplo, na lei da procriação medicamente assistida é, de facto, um direito cujo âmbito não se poderá reportar às *wrongful life actions*. Como ressalva Vera Lúcia Raposo, um direito nesse sentido só poderia ser invocado para proteção de um embrião face a doenças provocadas por intervenção humana e já não poderá, pelo contrário reportar-se às doenças que lhe advenham da sua sorte, como serão as doenças congénitas.

Assim, este direito tem sido orientado no sentido de impor certas restrições às mulheres grávidas, como comportamentos de risco, para evitar os danos aos seus embriões; ou mesmo ainda de dar a possibilidade a um nascituro de vir a reagir contra condutas lesivas do seu bem-estar, por terceiros, como serão os casos de transfusões de sangue contaminadas com HIV.

No entanto, tal direito será sempre mais compaginável com a fertilização *in vitro* que, cada vez mais facilitada pelas inovações tecnológicas, possibilitará nascimentos de embriões mais saudáveis.

3.4. Direito à normalidade

Carneiro da Frada¹¹⁴ sufraga um “direito à normalidade” para resolver estas situações, considerando mesmo que um direito nesse sentido deverá vir a ser consignado enquanto direito fundamental. Apesar de os contornos de tal direito não serem expressamente mencionados pelo Autor, parece-me que acabará por ser sempre uma noção extremamente arbitrária e cujo preenchimento será sempre intensamente subjetivo.

Para mais, o que será ser “normal”? Numa altura em que as pessoas até fogem ao que será a normalidade e querem destacar-se pela sua individualidade e excentricidade, não me parece que tal conceitualização faça muito sentido. Ainda, uma noção de “normalidade” parece-me totalmente discriminatória, podendo mesmo vir a ser suscetível de fazer juízos de valor sobre as vidas das pessoas com deficiências, o que é claramente o que tenho vindo a querer evitar nas considerações que têm sido feitas.

Assim sendo, não me parece que este direito seja passível de consagração ou mesmo de interpretação teleológica no nosso ordenamento jurídico.

3.5. Direito à conceção normal/saudável

Confesso que me sinto particularmente tentada a afirmar este direito. Este é igualmente mencionado por Carneiro da Frada¹¹⁵, apesar de optar primordialmente pelo

¹¹⁴ **FRADA**, *A Proteção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião in: Revista da Ordem dos Advogados*, nº 70, 2010.

¹¹⁵ *Idem*.

direito à normalidade. Da minha parte acho este direito muito mais coerente com os casos em apreço.

Falar-se-ia num “direito à concepção normal ou saudável” ao dar-se a possibilidade a todas as pessoas de serem concebidas com saúde e sem quaisquer doenças, possivelmente provocadas por terceiros. A ideia parece-me bastante plausível e até tentadora: de facto, um direito deste género viria mesmo dar a possibilidade às crianças de deitarem mão à tutela aquiliana nos casos em que, por terapia anterior à concepção, da responsabilidade de um terceiro, a mãe tenha vindo a conceber uma criança com aptidão para uma deficiência, com a qual nasce¹¹⁶.

No entanto, um direito neste sentido ia dar armas às crianças para, igualmente, interporem ações contra os pais quando a sua concepção não fosse realizada da forma mais saudável possível. Ora, tal argumento, com as devidas reservas, não me parece nada estranho, como aliás melhor se perceberá *adiante*, quando referido o fim da imunidade parental, uma vez que considero que os pais podem vir a ser responsabilizados por certas deficiências com as quais os filhos nascem.

No entanto, alegarão contrariamente a este direito que possibilita que as crianças interponham uma ação contra os pais, *p.e.*, quando eles concebam criança sabendo que um deles é portador de HIV. Estaríamos, assim, a limitar a liberdade reprodutiva dos progenitores, o que não parece razoável tendo em conta que tantas vezes afirmámos que a decisão de procriar ou não sempre deverá ficar na esfera jurídica desses. No entanto, esse direito, tal como todos os outros direitos de personalidade, não é absoluto e, a ceder, parece-me que será precisamente nos casos em que se esteja a provocar danos ao nascituro. Por certo se poderá falar de um conflito de direitos dos pais e da criança, mais tarde, se se consagrar um direito à concepção saudável da criança mas quer-me parecer que este último sempre deverá prevalecer.

Entendo perfeitamente que, no entanto, um direito neste sentido possibilitaria também absurdos, nomeadamente a possibilidade de algumas crianças virem alegar que sempre seria obrigatório que os pais despendessem todo o dinheiro do mundo em todos os cuidados de saúde possíveis para corrigir quaisquer imperfeições que considerassem

¹¹⁶ Serão os casos de receita de medicamentos a mulheres sem as informar das eventuais consequências para o feto, no caso de engravidarem enquanto tomam o remédio, levando a que, quando engravidam, concebam criança com uma deficiência originária.

ter; possibilitaria que qualquer criança quisesse ser ainda mais saudável do que era; que a qualquer mínima anomalia alegassem a falta de cuidados dos pais aquando da conceção. Naturalmente, não é isso que sufrago. Parece-me que tal direito só poderia mesmo ser utilizado enquanto fundamento de uma pretensão de “vida indevida” contra os progenitores nos casos em que esses soubessem que padeciam de certa anomalia ou gene que poderia provocar a deficiência e nunca nos casos em que tal fosse desconhecido dos pais. Portanto, de maneira nenhuma considero que se pudesse onerar um progenitor por um gene seu propício à deficiência do feto que desconhecia e que não tinha de conhecer, muito menos ainda me parecendo aceitável que se venha a responsabilizar os pais por uma conceção não saudável da qual só tenha sido responsável a sorte.

Este, como todos os direitos, ao ser levado ao extremo e usado abusadoramente, poderá levar a ações absurdas. No entanto, estará sempre, em última esteira, no poder decisório de um juiz ponderar livremente se um direito deste género foi violado ou se, de facto, haveria alguma obrigação dos pais, em cada caso concreto, de ter prosseguido uma mais saudável conceção da criança.

Assim, parece-me que a consagração deste direito, desde que ponderado com precaução e com base no caso concreto, seria o ideal para os casos em que, efetivamente, a conceção tivesse sido comprometida e mesmo, eventualmente nos casos de “vida indevida”.

3.6. Direito à vida com qualidade de saúde

Outro direito com que simpatizo particularmente e que me parece igualmente consagrável, resultando da conjugação dos preceitos constitucionais mencionados previamente, seria um direito à vida com qualidade. Este direito tem sido, sobretudo, alegado quanto às questões da eutanásia e de manutenção da vida artificialmente.

De facto, as melhores condições de vida levam a que as pessoas não possam, atualmente, assumir que qualquer sinal de vida será uma vida digna. Na realidade, as novas tecnologias levam a que seja mesmo possível prolongar a vida biológica para

além da vida neurológica, o que levanta sérias questões de saber se esses sinais de vida devem ser prolongados ou se, no entanto, já não existe verdadeiramente vida e se devem acabar com eles.

Portanto, atualmente, será de dissociar os casos em que há sinais de vida, daqueles em que há existência de personalidade, no sentido kantiano de haver consciência de si. Essa dissociação permitir-nos-á compreender que há casos em que a vida, apesar de se manter sempre preferível à morte, é vivida em condições tão precárias e dolorosas que não se apresenta qualitativamente benéfica. Assim sendo, o que se põe em causa não é que a vida deixe de ser boa ou preferível. Aceita-se que seja. Mas a vida, em certas condições, tem de ser dignificada, com auxílio de indemnizações que lhe permitam atingir os padrões de subsistência necessários.

Considerando-se sempre a vida preferível à morte, no entanto, não podemos ver-nos perdidos no pensamento viciado de achar que a vida é sempre uma benesse.

Notemos, analogicamente, o que se passa quanto à eutanásia¹¹⁷. Efetivamente, os avanços das tecnologias e as melhorias na qualidade de vida levaram a que as pessoas vivam agora muito mais tempo do que se considerava normal, podendo mesmo acabar a viver mais tempo mas em condições que já não consideram dignas, como sejam os casos de doenças que tendem a piorar com o tempo ou mesmo a manutenção das funções vitais artificialmente.

Assim sendo, José da Costa Faria¹¹⁸ apresenta algumas reflexões que implicam a necessidade de a pessoa poder optar por “deixar de viver”, numa tradução positiva do que será a eutanásia. Apesar de não ser compatível com o tratamento aqui em causa traçar considerações sobre a licitude ou não da eutanásia, não se poderá deixar de notar as semelhanças nas reflexões sobre o que será a “qualidade de uma vida”, biologicamente falando.

Seguindo, então, o pensamento do Autor, claramente o juízo a fazer sobre cada vida será puramente subjetivo mas haverão alguns critérios objetivos que não poderão

¹¹⁷ Desde já, para uma reflexão sobre a relação entre a eutanásia e o problema da “santidade da vida humana” e da “qualidade de vida”, vide **ARAÚJO**, *A procriação assistida e o problema da santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999, pp. 115-174.

¹¹⁸ **COSTA**, J. F., *O fim da vida e o direito penal in: Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra, Coimbra Editora, 2003.

deixar de constituir fundamento para a falta dessa qualidade, nomeadamente: a redução de algumas funções vitais para patamares mínimos de funcionamento; o perpetuar de um estado de dores caso não haja a administração de analgésicos cada vez mais fortes; e a provável degradação mental. Na prática médica, aliás, tem sido consensual considerar que deixará de haver qualidade de vida quando já não haja a reação a estímulos exteriores. Nestes casos, como fica óbvio, “a qualidade de vida atinge níveis de humilhação, o sofrimento é para lá do razoável¹¹⁹”.

Entendo que quem nunca leu os relatos de crianças nascidas por “vida indevida” não entenda como é que a vida de uma criança, mesmo que deficiente, possa reunir algum desses critérios. De facto, a realidade com que estamos habituados a lidar faz-nos imaginar – ao pensar em crianças deficientes – em crianças com trissomia XXI; sem uma perna; com dificuldades de fala; ou mesmo com atrasos mentais. E aliás, como logo indica Carneiro da Frada, “na esmagadora maioria dos casos, as pessoas nascidas com deficiências sentem e experimentam que a sua vida tem a dignidade necessária para ser vivida¹²⁰”.

No entanto, a leitura dos relatos de alguns Acórdãos logo demonstram que a realidade não consubstancia unicamente casos de deficiências “mais leves”. As deficiências sobre as quais nos debruçamos são muito mais limitadoras da qualidade de vida, de forma até bastante objetiva: como não se afirmar a falta de qualidade quanto a uma criança que nasce unicamente com tronco e cabeça? Quanto a criança que nasce sem céu-da-boca e orelhas? Crianças que nascem com todos os sentidos limitados e que, muitas vezes, nem nunca chegam a ter consciência de si? Ou, para mim, o caso mais claro do quanto estas deficiências são intensas, o caso de *Kelly Molenaar*, cujos relatos indicam que a criança não parava de chorar, verificando-se que ela nunca deixava de ter dores, só para morrer findos poucos anos de existência? Uma existência, diga-se, puramente de dor...

¹¹⁹ COSTA, *Op. Cit.*, p. 794.

¹²⁰ FRADA, *A própria vida como um dano?* in: *ROA*, n.º 68, Vol. I, 2008, Documento Digital disponível online.

Com base nesses padrões, e no sentido das inquietações de Pires da Rosa¹²¹, busca-se a indenização da qualidade de vida que a criança merecia¹²² com base num eventualmente a consagrar “direito à vida com qualidade”.

O Direito baseia-se num princípio de justiça e também de equidade, buscando mesmo soluções justas para cada vida concreta. O que se faz, ao falar-se de uma *vida com qualidade*, não é desvalorizar o bem jurídico da vida ou qualifica-lo enquanto melhor ou pior. Também, ao contrário do que alguns autores alegam, não se faz qualquer juízo quanto ao facto de haver vidas que perdem tanto o valor que já não merecem ser vividas. Pelo contrário. Fazendo nossas as palavras de Pires da Rosa, o Direito exige mesmo que se olhe para a vida da criança, “é **esta** vida em concreto, esta vida que – sem qualidade – não pode todavia deixar de ser vivida, e não um ideia abstrata de *vida pela vida* que esquece quem, podendo não ter nascido, tem todavia que suportar a vida – a **sua** vida”¹²³.

Repita-se, não se está aqui a avaliar que fosse melhor não estar vivo do que viver naquelas condições. Só se está a verificar, mesmo no melhor interesse da criança e da sua dignidade, que as condições em que ela vive, efetivamente, não são favoráveis.

O Autor considera mesmo que o direito não deve rodar sobre si próprio e esquecer a vida, atingindo-a ainda mais. Não se deverá mesmo basear qualquer opinião jurídica em considerações morais e éticas, uma vez que o objetivo desta posição é o respeito por aquela vida, “que vive, e à qual é imperioso trazer a qualidade sem a qual a vida não é vida”¹²⁴.

No entanto, a expressão “direito à vida com qualidade” seria facilmente passível de equívocos que levassem a que qualquer futuro Demandante pudesse alegar que a sua vida não tinha a qualidade devida, passando esse direito a ser tão arbitrário quanto qualquer um dos outros que já foram *supra* desacreditados. Desde logo, qualquer mendigo viria alegar a falta de qualidade da sua vida porque não teria a dignidade para

¹²¹ ROSA, *Não existência(...), Op. Cit.*

¹²² Nas suas palavras: “se alguém, podendo não ter nascido, nasce na situação de uma insuportável deficiência, que lhe não permite o *direito à vida* como um *direito à vida com qualidade*, deve ou não deve essa pessoa ser indemnizada pelos danos patrimoniais e não patrimoniais que essa *não qualidade* transporta? Deve, ou não deve, essa pessoa ser a primeira das pessoas a ser indemnizada, por forma a que a sua vida se aproxime o mais possível de uma vida... *com qualidade*?!” (*Idem.*, p. 48).

¹²³ *Ibidem.*

¹²⁴ *Ibidem.*

se manter vivo. Não é isso que viso com um direito deste tipo! Considero tão só que esse se deveria limitar ao âmbito da saúde, em que se quereria dignificar a existência das pessoas unicamente nesse campo.

Portanto, limitando-se esse direito à vida com qualidade ao âmbito da saúde das pessoas, considero que se deveria consagrar o “direito à vida com qualidade de saúde”. Esse direito seria flexível e casuístico, a adaptar consoante cada caso concreto, devendo, em sede das nossas ações, buscar a melhor qualidade de saúde para cada criança em concreto face à sua deficiência, sendo um direito a que cada criança fosse o mais saudável possível *mas* sempre com aquela deficiência, uma vez que nunca existiria sem ela. E esse direito teria mesmo sido violado pelo médico, uma vez que a falta de informação dos pais, originária da sua falta de preparação, leva à violação da melhor qualidade possível de saúde que a criança poderia ter, caso os pais tivessem meios para a sua subsistência (que só teriam precisamente se houvesse essa preparação).

Com quanto fica dito, parece-me que pelo menos dois direitos diferentes, com o passar dos tempos e com as devidas precauções necessárias, poderão vir a ser consagrados de forma a originar fundamento para uma criança intentar ação de “vida indevida” pela via extracontratual.

No entanto, tal discussão parece-me mais valiosa para o Direito Constitucional e para o Direito Civil, no sentido de enriquecer e atualizar o seu rol de direitos, do que precisamente para o Direito da Responsabilidade Civil, nomeadamente para permitir uma ação de “vida indevida” por crianças deficientes.

Na realidade, quer-me parecer que será muito mais benéfico para as crianças, utilizar a responsabilidade contratual, sem necessidade de existência de qualquer direito dessas, com base no contrato com eficácia para proteção de terceiros (quando haja um CPS dos progenitores com o médico).

3.7. Contrato com eficácia para proteção de terceiros

Independentemente de se conseguir ou não postular um direito do Autor que possa justificar responsabilidade delitual do médico, quer-me parecer, à semelhança do que a doutrina portuguesa e estrangeira tem vindo a considerar, que a solução sempre estará em utilizar a figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros como fundamento de responsabilidade contratual.

Desde já reconheço que a aceitação da figura na doutrina e na jurisprudência não tem sido pacífica. As objeções passam, nomeadamente, por considerar que, não havendo a sua consagração legal, a figura representará uma exceção ao princípio da relatividade dos contratos, do art.º 406º/2 CC que não poderá ser aceite.

No entanto, sem entrar em grandes delongas sobre o assunto, sinto-me tentada a concordar com a posição majoritária¹²⁵, aceitando que há situações que, não podendo entrar no âmbito das obrigações contratuais propriamente ditas, serão um *plus* à responsabilidade extracontratual, razão pela qual se deverá consagrar uma “terceira via da responsabilidade civil”, fundada em deveres específicos para além da relação contratual.

É precisamente nessa terceira via que se encontrará a figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros. Esse constituirá um *minus* em relação ao contrato a favor de terceiros, uma vez que, neste último, um terceiro estranho ao contrato irá receber uma prestação patrimonial decorrente de uma relação entre dois sujeitos. Já nesse contrato, do que se trata não é de atribuir ao terceiro qualquer papel na prestação principal do contrato mas sim de, para além dessa prestação em relação ao credor, o devedor ter também prestações secundárias, nomeadamente deveres de proteção/cuidado, (os chamados deveres laterais) para com um terceiro estranho ao contrato.

Assim sendo, do que se trata é de estabelecer, para além dos efeitos do contrato a que o devedor está obrigado perante o credor, deveres secundários de proteção desse mesmo devedor perante um terceiro. Esta figura justifica-se pelas regras da boa-fé, que deixariam clara a abrangência do terceiro no âmbito de proteção do contrato.

¹²⁵ Para mais desenvolvimentos: **LEITÃO**, A. M., *Direito das Obrigações*, Volume I, 15ª Edição, Lisboa, Almedina, 2018, pp. 348 ss; **FRADA**, M. C., *Uma “Terceira via” no direito da responsabilidade civil?*, Coimbra, Almedina, 2003.

Considera-se que poderá haver dever de proteção resultante quer de estipulação contratual, interpretação (art.º 236º CC) ou integração (art.º 239º CC).

O problema encontra-se na necessidade de definir com precisão quem serão os terceiros que poderão ser abrangidos por esses deveres de cuidado do devedor.

Ora, o primeiro e mais relevante critério a atentar para a definição desses terceiros será a necessidade de uma relação de proximidade entre o credor e o terceiro, tão estreita que o credor “confia na segurança dessas pessoas tanto como na sua”, utilizando a expressão do Tribunal Federal Alemão. Seguindo, ainda a opinião de Larenz¹²⁶, a quem se deve fundamentalmente esta figura e também o surgimento dos “deveres laterais” decorrentes dos contratos, os terceiros serão “parentes ou dependentes de uma das partes, em contacto com a prestação devida contratualmente, se a parte contratual tem um interesse reconhecível em que eles sejam incluídos na eficácia de proteção do contrato¹²⁷”.

Este primeiro requisito, sendo o fulcral para a utilização da figura, parece-me extremamente compatível com a situação em apreço. Testemos com a expressão do Tribunal Alemão: quando a mãe contrata um médico para acompanhar a sua gravidez, confia a sua segurança, durante a gravidez, nas mãos daquele profissional. Mas ele não cuida de uma qualquer mulher mas sim de uma mulher que se encontra, concretamente, grávida. Por isso mesmo, ao contratar, buscando o melhor desenvolvimento da gravidez, a mãe deposita a confiança no médico quer quanto à sua saúde como à do feto. Ou seja, a mãe realiza o contrato para a proteção da sua saúde durante a gravidez mas confiando, igualmente, na proteção da do feto.

Ou seja, ao falar-se de uma relação de proximidade entre o credor e o terceiro, que proximidade maior poderá haver do que o feto que a própria mãe carrega consigo aquando da celebração do contrato? Nenhuma situação me parece mais ilustrativa de proximidade do que esta.

¹²⁶ Larenz e Tribunal Federal Alemão *apud* **FRADA**, *Op. Cit.*.

¹²⁷ Ilustrando essa relação de proximidade, Carneiro da Frada esclarece que essa se dará naqueles casos em que o credor, regra geral, tenta promover o bem-estar desse terceiro. Será um exemplo clássico aquele em que alguém contrata socorros médicos para terceiro. Para mais desenvolvimentos, *vide* **FRADA**, *Op. Cit.*, pp. 88 ss.

Ainda, testando a posição de Larenz, quem poderia ser mais dependente do credor-mãe do que o próprio feto que, claramente, tem um interesse reconhecido em ser incluído na eficácia do contrato?

Para além disso, tendo por base os interesses de boa-fé e de integração do contrato, sempre teremos de ter em conta que, para o terceiro ser abrangido por deveres laterais do contrato, esse sempre deverá ter um interesse concordante com o do credor da prestação. Não me parece discutível que, aqui, o interesse quer do feto quer da mãe sejam o mesmo: uma boa realização da prestação contratual quer de cuidar mas também de informar de todas as vicissitudes da gravidez, de modo a proporcionar um nascimento saudável.

Ainda, como terceiro critério, mesmo que não abrangidos por disposição expressa no contrato, os terceiros serão abrangidos pela sua proteção se essa extensão de deveres de proteção a eles fosse determinável pelo devedor, ou seja, o devedor conseguisse antever que o contrato teria consequências e deveres concretos em relação a um terceiro, não se podendo considerar terceiro uma pessoa que, apesar de muito próxima do credor, não fosse do conhecimento do devedor. Isso não me parece um obstáculo à extensão da proteção ao feto. Desde logo, vejamos que o médico sabe concretamente que contrata com uma mulher grávida que quer ser acompanhada durante essa mesma gravidez. Por isso mesmo, como poderia, de alguma maneira, considerar-se que o médico era surpreendido pela abrangência do contrato ao feto também? Afinal, a gravidez de que o médico trata e sobre a qual contrata é inteiramente referente àquele feto que ele sabe existir!

Para a utilização desta figura nos casos de *wrongful life*, terá mesmo de se atender à integração, apelando-se aos ditames da boa-fé que não poderiam recusar a existência de deveres laterais do contrato, decorrentes da proximidade da mãe e do feto. Para além da génese da figura parecer ser favorável à sua aplicação a estes casos, foi-se vendo também, com base em cada um dos critérios, que o feto é um terceiro muito compatível com a noção necessária para se aplicar este novo instituto. De facto, o feto tem uma proximidade particularmente grande do credor do contrato, sendo determinável no início do contrato e tendo interesse em ser protegido pelo contrato, nem que seja com base nos ditames da boa-fé.

Problema subsequente desta figura será o facto de ela se encontrar numa zona cinzenta da responsabilidade civil, numa zona híbrida entre a responsabilidade contratual e extracontratual, tocando mesmo ambas, uma vez que se baseia numa relação contratual que se estende a um terceiro por força de uma valoração extrínseca.

Para Mota Pinto¹²⁸ parece relativamente unânime que se aplique, nestes casos as regras da responsabilidade contratual, nos termos do art.º 799º e 800º CC. Para essa ideia, baseia-se no facto de o devedor, ao realizar o contrato, passar a ter obrigações quer para com o credor, como obrigações laterais perante terceiro, também resultantes desse contrato. O que, na opinião do Autor, estará a acontecer é uma extensão para terceiros da relação contratual, limitada aos deveres de proteção, razão pela qual não faria sentido que se não aplicasse, também aos terceiros, a responsabilidade obrigacional^{129 130}.

Em suma, porque a aplicação da figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros parece ser uma realidade relativamente aceite no Direito Contemporâneo e cujos requisitos se encontram totalmente preenchidos pela relação existente entre a mãe e o feto face ao contrato de prestação de serviços médico, quer-me parecer que não há dúvidas que a ilicitude do comportamento médico para com o Autor de uma ação de “vida indevida” se deve estabelecer com apelo a essa figura.

Beneficiando disso, o Autor poderá utilizar as normas da responsabilidade obrigacional (art.ºs 798º e ss CC), podendo acionar, assim, o médico por violação dos seus deveres laterais de proteção decorrentes do CPS celebrado com a mãe,

¹²⁸ PINTO, *Op. Cit.*

¹²⁹ De facto, tem-se alegado a necessidade de recondução à responsabilidade contratual por a figura se ter desenvolvido no direito alemão em que a proteção genérica contra danos patrimoniais não é satisfatória. Isso, no entanto, não me parece obstáculo a que se utilize a tutela contratual também no direito português.

¹³⁰ Efetivamente, fazendo nosso o exemplo de Mota Pinto, a responsabilidade do senhorio perante o inquilino por qualquer dano do apartamento será sempre obrigacional. Tendo em conta a cognoscibilidade pelo devedor da vivência de familiares do inquilino no mesmo apartamento, não fará qualquer sentido limitá-los à responsabilidade delitual simplesmente porque não assinaram o contrato. *Cfr. PINTO, Cessão da Posição Contratual*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003, pp. 419 ss.

No entanto, a questão não é de resolução pacífica. Sinde Monteiro nota que, nomeadamente no que toca a deveres de informação, não fará sentido deixar o terceiro em posição mais favorável do que a que lhe adviria de responsabilidade por ato ilícito, devendo manter-se a aplicação dos art.ºs 342º e 487º CC, tal como no direito inglês, aplicando-se as regras delituais e não contratuais, uma vez que essa proximidade a que nos temos vindo a referir é *ad hoc* e esporádica, ao contrário de, por exemplo, a proximidade nos casos de ligação negocial. Para mais desenvolvimentos, *vide MONTEIRO, J. S., Responsabilidade por conselhos, recomendações ou informações*, Coimbra, Almedina, 1989, pp. 518 ss.

estabelecendo-se a ilicitude em termos semelhantes aos da mãe e com apelo a um mesmo contrato.

4. A Culpa

A culpa, genericamente, traduz-se num juízo de censura de uma conduta do agente, a ser aferida com base no comportamento que se esperava do homem médio, se colocado naquela situação.

Como nota Vera Lúcia Raposo, “se a violação do dever de cuidado traduz a ilicitude, já o afastamento do “padrão médio” traduz a culpa”¹³¹.

Assim sendo, para haver culpa, deverá, primeiramente, detetar-se qual seria o comportamento do homem médio abstratamente considerado. Com essa fixação objetiva do sujeito, teria de se colocar essa pessoa no cenário concreto do agente em causa.

Haverá duas formas de culpa possíveis, na responsabilidade médica: o caso de existir um comportamento doloso; ou um comportamento negligente do médico. Na área da medicina, regra geral, o profissional de saúde será responsabilizado por mera culpa, uma vez que são raros os casos em que um médico, tendo em conta o seu juramento profissional, queria provocar danos diretos aos seus pacientes.

Também o comportamento culposo do médico, com base nas regras gerais da RC, deve ser avaliado por atenção ao art.º 487º/2 CC, fundamentando-se no critério do “bom pai de família” que, adaptado às especificidades da medicina, se traduziria num critério de “médico médio”. Assim, na expressão de Lesseps Lourenço dos Reis¹³², atendemos ao “cuidado, a perícia e os conhecimentos que correspondem ao médico sensato, razoável e competente, situado no mesmo espaço temporal, da mesma categoria daquele médico e a atuar nas mesmas condições”.

Na maioria dos casos que se têm verificado na jurisprudência, de facto, não tem sido difícil concluir que este requisito se encontra preenchido por haver mesmo falta de cuidado e zelo e uma conduta deficiente por parte do médico, que deveria ou ter

¹³¹ **RAPOSO**, V. L., *Do Ato médico ao problema jurídico*, Coimbra, Almedina, 2013, p. 80.

¹³² **REYS**, *Responsabilidade civil dos médicos in: Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Série III, Vol. 5, nº 5, 2014.

prescrito a realização dos exames ou, simplesmente, tê-los interpretado e informado melhor.

Porque baseando as suas pretensões na mesma conduta médica, tanto os Autores-pais como o Autor-filho conseguirão preencher o pressuposto da culpa da responsabilidade civil médica com a alegação óbvia de que o médico médio, naquelas condições específicas, teria agido de maneira diferente, ao mandar realizar DPN que não foi realizado ou a interpretá-lo/informá-lo de maneira diferente, dando a conhecer aos pais a malformação do feto.

Com o que fica dito, compreende-se que o quadro do Apêndice C preencha o requisito da culpa da responsabilidade civil da mesma forma quer nas *wrongful birth actions* como nas *life actions*, uma vez que ambas se baseiam num mesmo comportamento culposos do médico, a ser censurado pelo art.º 487º/2 CC. Assim sendo, mais uma vez, a haver tratamento diferente para ambas as ações, não poderia ser por estabelecimento diferente do pressuposto da culpa.

5. O Dano

Um dos pressupostos que mais obsta à procedência das *wrongful life actions* é o dano¹³³. Desde logo, a objeção é compreensível pela visão de dano enquanto a “supressão de uma vantagem de que o sujeito beneficiava¹³⁴”. Prendendo-se muito a essa ideia de “vantagem”, vários Autores alegam que a própria vida da criança que nasce, mesmo com deformações, tem valor absoluto e, como tal, não poderá nunca ser considerada o “suprimir de qualquer vantagem”. A vantagem será mesmo a própria vida, em quaisquer condições, não podendo ser degradada ao ponto de se considerar uma desvantagem ou um desvalor ou, menos ainda, considerada, porque deficiente, uma supressão de uma vantagem. Assim, pensa-se (de forma errada, diga-se desde já) que o principal dano que se encontra é o dano-vida da criança.

Os problemas levantados a propósito deste pressuposto são muitos e, portanto, as precisões a fazer serão necessárias para uma melhor compreensão da problemática e da visão que se deverá adotar face ao novo Direito.

Desde logo, pensemos nas ações de *wrongful birth*. Os danos que os pais alegam baseiam-se no *nascimento deficiente* da criança, enquanto consequência do dano “privação da liberdade reprodutiva”. Assim sendo, invocam-se prejuízos baseados no dano da *vida deficiente*. Será importante deixar desde já claro que não me parece defensável um *dano vida*, no sentido do qual vão Autores como Menezes Leitão. Aceito que, as conclusões a que chego serão as mesmas que o Autor mas, no entanto, parece-me que a semântica subjacente a tal “dano” provoca logo uma visão de rejeição da figura. De facto, uma visão tão negativista da vida, apresentando-a como dano, dará azos a que as pessoas se percam em considerações morais e religiosas que acabarão por tirar o foco da verdadeira questão em causa: o dano é a deficiência nessa vida e não a vida da criança^{135 136}.

¹³³ Visto que as objeções ao pressuposto do dano são mais que muitas, para melhor sumarização das mesmas e da interpretação correta que se deve fazer desse pressuposto, *vide* Apêndice D.

¹³⁴ LEITÃO, *Op. Cit.*, p. 325.

¹³⁵ Já me foi possível pronunciar quanto à irrelevância que, comumente, sinto em relação às opções terminológicas das questões. Apesar de me preocupar mais com as consequências jurídicas do que eventuais formulações éticas das questões, baseadas na semântica, parece-me que, para evitar objeções desse tipo a Autores mais “parciais”, será relevante criar uma doutrina que clarifique conceitos, não

Reitero, então, que falaremos de um *dano-vida deficiente*, colocando a tónica no sofrimento e custos resultantes da deficiência em vez de na própria vida da criança.

Talvez assim a questão se torne mais clara. Vejamos as principais dificuldades que se têm imposto a este pressuposto de RC:

Em primeiro lugar, tomando literalmente a expressão *dano-vida* (a que, reforço, quero fugir precisamente pelas confusões que trás), a doutrina começa por criticar qualquer uma das *wrongful actions* por considerar que se faz um juízo de valor sobre a vida da criança que, ultrapassando aquele limite até ao qual merece ser vivida, já não será favorável mas sim uma desvantagem. Assim, estaria a valorar-se a vida daquela criança negativamente, considerando-se que seria preferível não ter nascido a nascer naquelas condições. Isso traria logo duas consequências: a possibilidade de violação da dignidade da pessoa humana, ao estar a considerar-se que a sua vida não tinha valor e já não mereceria ser vivida; e claro, traria logo consequências para a dignidade pessoal da criança, psicologicamente falando, ao poder vir a prejudica-la com a ideia de que a sua vida, enquanto desvaliosa, era um encargo, um dano, um prejuízo para os pais, levando à sua estigmatização.

Comecemos pelo fim: seria mesmo atentatório para a dignidade da criança que os pais recebessem uma indemnização para cuidar dela, baseada na sua deficiência? Nos casos em que a função neurológica da criança não esteja comprometida, porque é que será de considerar que a criança se sentirá menos desejada por os pais pedirem uma indemnização por um ilícito contra eles e mesmo contra ela, buscando uma melhor qualidade de vida precisamente *para ela*? De facto, o pedido de indemnização em nada contraria os afetos e os laços que os pais desenvolvem com a criança ou o amor que, inevitavelmente, eles vão passar a ter por ela aquando do seu nascimento, independentemente das condições em que nasce¹³⁷.

deixando qualquer dúvida terminológica. Daí que prefira optar por um “dano-vida deficiente”, em vez de, como Menezes Leitão, tratar de um “dano-vida”. No entanto, na prática, no mesmo sentido que esse Autor, defendo tão só o dano da deficiência. Ainda, o A. não desvaloriza a vida da criança, alegando que não devia nascer mas sim que se deverá responsabilizar o médico pela deficiência naquela vida.

¹³⁶ O nosso Tribunal Constitucional já se pronunciou quanto a esse “dano-vida” nas ações de *wrongful birth*, como foi visto *supra*.

¹³⁷ Aliás, notemos o testemunho de uma progenitora que intenta ação em nome do filho, em *R.V. v Maccabi Healthcare Services* (2008):

“I love R. very much, he contributes a lot to the family, he is our happiness, he is our light... I cannot say that he is a harm to the family but had I aborted him within a year I would have had the same R. but with

Para mais, como refere Paulo Mota Pinto, os próprios pais conhecerão a criança e saberão como lhe explicar toda a situação de forma a que ela não se sinta negligenciada ou indesejada, sabendo lidar com a situação de forma a que os sentimentos da criança não sejam feridos.

E juridicamente, haverá alguma violação da dignidade da criança que obste à procedência das ações? Mais uma vez o foco terá de ser feito no verdadeiro cerne da questão: o que se põe em causa não será nunca o nascimento da criança ou qualquer desvalor sobre a sua vida, sobre a qual não se deverá, de todo ajuizar. Qualquer vida, deficiente ou não, desde que humana e mesmo ainda intra-uterina merecerá a mesma dignidade e terá o mesmo valor, violando-se a igualdade caso tal não aconteça. Assim sendo, não há qualquer desvalorização da vida que comprometa a sua dignidade. Pelo contrário, tomando como desvalor a deficiência com que essa vida se encontra onerada, não haverá qualquer violação da dignidade da pessoa ao providenciar-lhe uma indemnização, quer a ela própria enquanto principal lesada, como aos pais, que se verão onerados por muitos encargos, aos quais poderão não ter como responder. De facto, como refere Mota Pinto, parece sim que a solução de acordo com a dignidade da pessoa humana será a de lhe atribuir uma indemnização, dando-lhe, assim, condições a si e aos seus pais para subsistir em condições dignas.

Ainda, o Autor reforça que não dar a indemnização à criança “quase envolve, nos resultados a que chega, como que uma *renovada afirmação* da ofensa que lhe foi feita: não só a criança nasceu com uma deficiência, como, na medida em que *não teria podido existir de outro modo*, é-lhe vedado *sequer comparar-se* a uma pessoa “*normal*”, para o efeito de obter uma reparação pelo erro médico¹³⁸”.

Ou seja, providenciar uma indemnização à criança será permitir-lhe um normal acesso à justiça, não podendo ser discriminada em função da deficiência ao ser-lhe negada a tutela jurídica efetiva do art.º 2º CPC.

Ainda, quanto à possibilidade de se violar a dignidade da criança, levanta-se a questão da indisponibilidade da vida humana. Mas pergunto-me, desde logo, como se

an arm and then he would have equally contributed to the family but would have not suffered from all the problems that a disabled child has”.

¹³⁸ PINTO, P. M., *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” in: Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais*, Vol. III, Coimbra, Coimbra Editora, 2007, p. 934.

assume que há qualquer disposição da vida humana, sobretudo quando não há qualquer pedido para acabar com aquela vida da criança e não se quer qualquer auxílio do médico ao suicídio dessa ou qualquer restituição *in natura* com base no art.º 566º CC? Assim, sem qualquer juízo de desvalor, como fica exemplificado, onde haverá qualquer disponibilidade da vida? Na realidade essa continuará sempre a ser vivida, só sendo parcialmente facilitada por uma indemnização *no seu interesse*.

Ainda neste sentido, obstando às ações por parte dos pais, alega-se a degradação da vida da criança por ser vista como um objeto que acaba por ser “fonte de enriquecimento” dos progenitores. Escusado será dizer que me parece um raciocínio viciado e que se apresenta quase como análogo ao debate que houve em torno da consagração dos direitos de personalidade, em que repugnava considerar o Homem objeto de direitos. Atualmente, o Homem poderá ser objeto de direitos desde que esses tenham claramente uma função de servir “os interesses mais íntimos [desse], [ordenando-se] ao desenvolvimento da pessoa e, portanto, em último termo, à sua *dignitas humana*”. O mesmo se poderá afirmar quanto à indemnização por *wrongful birth*, em que a indemnização dos pais – nem que seja por danos patrimoniais – servirá sempre os interesses mais íntimos da criança.

Outra questão que poderia contrariar a possibilidade de se aceitar estas indemnizações seria a maneira como o cálculo da compensação seria feito. De facto, para se calcular indemnizações em sede de responsabilidade civil, será de comparar a situação do lesado caso não se tivesse dado o facto danoso (art.º 562º). Com base nisso, muitos autores alegam que haveria uma comparação entre a situação vida-deficiente com a não existência de todo, o que seria uma ponderação quase impensável no nosso sistema jurídico, por querer equiparar a vida com a não vida, num resultado que acabaria por confirmar que a não vida seria preferível à vida deficiente.

Várias são as ressalvas que se deverão fazer a essa questão: em primeiro lugar, não há qualquer dúvida que a comparação descrita seria absurda e ilógica, uma vez que o estado de não existência não é passível de ser vivido, razão pela qual nenhuma característica se poderá retirar dele. Para mais, o direito à vida é um direito fundamental que tem clara primazia em relação aos outros, razão pela qual de maneira nenhuma se poderia afirmar que não viver seria preferível a viver. Mais, seria extremamente

ofensivo e discriminatório considerar que haveria vidas que, por gravemente comprometidas, não mereceriam ser vividas de todo.

Todas essas ressalvas configuram amplamente uma só: a admissão dessa comparação levaria a que se formulassem juízos de valor quanto às vidas deficientes, o que seria ofensivo da dignidade da pessoa humana.

Portanto, como tal, essa comparação, que nos questionaria sobre o limite até ao qual a vida valeria a pena ser vivida, não poderá nunca ser a base de cálculo e de comparação de indemnização de *wrongful birth* ou *life actions*. Subscrevendo Menezes Cordeiro, não estaríamos mesmo num “sistema jurídico civilizado”¹³⁹ se tal coisa fosse aceite.

Pelo contrário, na presente Dissertação, fica clara a ideia de buscar as novas soluções que o Direito Contemporâneo (que se quer mais civilizado ainda) dá às situações, buscando a igualdade e a autodeterminação mais do que, como é óbvio, qualquer intuito discriminatório.

Como tal, está claro que não se busca qualquer comparação com uma situação que nem sequer é passível de avaliação, como será o caso da não existência. Pelo contrário, busca-se uma comparação já com um nascimento saudável, completamente suscetível de avaliação e de comparação, sem haver qualquer discriminação ou valorização negativa da vida da criança mas tão só daquela componente anómala da sua vida que será o facto de padecer de uma deficiência congénita.

Há que fazer uma pausa aqui precisamente pelo que se afirma: a situação anómala é uma deficiência *congénita*. Sem adiantar já quaisquer pareceres sobre o nexos de causalidade, o art.º 562º CC impõe precisamente o requisito de comparar a situação do lesado, à data, com a situação do lesado, na mesma data, não fosse a lesão. A não haver a lesão, ou seja, a omissão dos deveres de informação do médico, parece mesmo que a situação seria a da criança não existir, por presunção de que os pais teriam optado pela IVG. Voltaríamos ao mesmo beco sem saída, em que haveria uma violação da dignidade da pessoa humana precisamente por essa equiparação.

¹³⁹ **CORDEIRO**, *Tratado de Direito Civil Português*, Parte Geral, Pessoas, Tomo IV, 5ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2019, p. 330

No entanto, vejamos: os deveres de informação do médico não têm como finalidade permitir aos pais que realizem a IVG; têm como finalidade permitir-lhes ter o conhecimento e informação necessários para, assim, se prepararem para o nascimento de um filho, independentemente das suas condições. Com isto quer-se dizer que não tem de se assumir sempre que os pais tivessem optado pela IVG, poderiam mesmo não optar; poderiam considerar que eram capazes de suportar a anomalia da criança, quer financeira quer psicologicamente e decidir optar pelo nascimento. Portanto, o verdadeiro dano e a verdadeira comparação não se deve fazer com o nascimento ou não mas com a preparação que haveria para lidar com um nascimento naquele caso. Se os pais não estavam preparados para as condições anómalas do filho e, como tal, há danos resultantes dessa não preparação, a situação a comparar é a situação dos lesados-pais caso soubessem das deficiências e optassem pelo nascimento, conseguindo colmatar as dificuldades daí resultantes; ou não soubessem dessas dificuldades, vendo-se na situação fática de não ter meios para providenciar cuidados à criança, por falta de preparação que a informação médica permitiria.

O mesmo raciocínio se deverá aplicar quando o lesado for o principal interessado, ou seja, a criança: a situação fática do lesado é uma situação de não preparação dos pais que leva a que ele viva uma vida dificultada mas em que nem tem os meios para a tentar corrigir; vs uma vida em que, com a informação dos pais e com o nascimento a ocorrer à mesma, por decisão deles, ele teria uma vida dificultada sim, pela deficiência congénita, mas com uma escolha informada e consciente dos pais que teriam meios para a sua subsistência.

De onde se retiraria a precisão de que as situações a comparar serão sempre situações de existência da criança, naquelas condições anómalas, com a precisão de que, no caso real não há meios para subsistência da criança, o que origina danos; e no caso hipotético, sem essa lesão, haveria um mesmo nascimento deficiente mas ligeiramente facilitado por uma preparação que seria devida, não fosse a negligência médica.

Mais uma vez, acabava-se com qualquer obstáculo que tomasse por base a violação da dignidade da pessoa humana, uma vez que essa até estaria a ser respeitada ao buscar-se uma situação atual do lesado em que ele não fosse deixado totalmente sem qualquer providência.

A melhor maneira de comparar, assim, a preparação ou não dos pais para um nascimento será mesmo comparar a vida deficiente da criança com uma vida normal.

Quanto ao cálculo da indemnização, alega-se ainda que, a indemnização estará a comercializar a vida da criança. Mas como é que prover pela subsistência da criança poderia comercializá-la? Atentemos também logo ao facto dessa questão ter sido colocada quando se debateu a necessidade de indemnizar danos morais mas, como se sabe, esses são consensualmente aceites nos dias de hoje.

Até aqui tratámos de objecções que tanto se poderão apresentar quanto ao dano a ser indemnizado pelos pais como pelo próprio filho. E, de facto, as objecções não só me parecem rebatíveis como parece recomendável que o sejam. De facto, o desvalor que se poderia fazer quanto à existência ou não da criança e os traumas que se poderiam mesmo alegar, eticamente, da criança pela propositura da ação, não me parecem convincentes, sendo que os problemas que a jurisprudência, regra geral, levanta a estas ações, depreendem-se de concepções erradas, como a fixação de indemnização com base numa não existência, insuscetível de avaliação.

Curiosamente, a jurisprudência admite quase consensualmente as ações de “nascimento indevido”, o que quer dizer que se encontra conformada com a ideia de que não há qualquer desvalor da vida da criança com a indemnização (caso contrário a indemnização não poderia de todo ser aceite, por violar o direito civilizado, já referido).

Se o pedido tanto dos pais como do filho é feito com base na mesma vida que, nas ações de “nascimento indevido”, não é desvalorizada; e se já se ultrapassa qualquer degradação da dignidade da criança, como se justificará que os pais, enquanto lesados secundários, tenham direito a indemnização mas já o próprio lesado não tenha esse direito?

Acresce que, a favor das indemnizações das crianças deficientes nestes casos, encontramos argumentos ponderosos como: assim se poder atender aos danos morais da própria lesada - como a sua falta de autodeterminação, dores e sofrimento para o resto da vida, que não poderá ser incorporado na indemnização dos pais; e ainda o facto de, a ser dada indemnização à criança e não aos pais, ser mais garantido que a compensação seja usada efetivamente nos interesses da própria e não sofra quaisquer vicissitudes por culpa dos pais (nomeadamente, que não seja alvo de penhora); e garante ainda que a

criança não ficará desprovida da compensação caso algo aconteça aos progenitores (como no caso de se dar a sua morte). Para mais, respeitar-se-á as funções sancionatória e compensatória da RC, respeitando ainda o princípio da responsabilidade subjetiva, que permitiria não deixar o médico impune pela sua conduta.

Finalmente, um argumento que nunca falha nas críticas às *wrongful life actions* é a possibilidade de um *slippery slope* em que os filhos, ao poder impor ações pelo nascimento deficiente, poderiam mesmo intentá-las contra os próprios pais. Com todo o respeito, e não desvirtuando as possíveis comparações a ser feitas quanto às ações a intentar pela criança, parece-me que se misturam “alhos com bugalhos”. Em primeiro lugar, para haver qualquer ação contra os pais nesse sentido, teríamos de partir do pressuposto que havia um direito à não existência que já neguei veementemente. Para além disso, no que toca aos pais, sempre lhes assistirá o direito a procriar, a que não se deverá criar obstáculos quando decidam, informadamente, ter um filho deficiente. A responsabilidade médica, no entanto, assenta noutro pressuposto: no pressuposto de que há deveres de aconselhamento e de informação que foram violados e que deverão ser compensados pelas lesões que trouxeram.

Com o que fica dito, com todas as vantagens que a indemnização traz e, com o principal obstáculo de degradação da vida da criança deficiente nas ações de “nascimento indevido” ultrapassado, como se poderá justificar não conceder uma indemnização ao principal lesado, de forma quase discriminatória em relação aos pais, por não lhe permitir uma tutela jurídica efetiva?

Sobretudo, tendo por base as razões do Direito Contemporâneo que, mais do que nunca, procuram a autonomia e a tentativa de autodeterminação das pessoas relativamente incapacitadas, como se poderá obstar a essa indemnização se já não colocamos questões que colidam com a dignidade da criança?

Assim, atendendo ao Apêndice C, mais uma vez, o pressuposto que obstaria à conceção de indemnização ao filho nunca poderia ser o “dano”, uma vez que se preenche da mesma forma que o pressuposto plenamente aceite para indemnização dos pais.

Questão diversa é saber quais os danos concretos a indemnizar. Ora, a jurisprudência e a doutrina, quanto aos pais, têm aceite a indemnização quer de danos patrimoniais como de danos não patrimoniais. Os primeiros consistiriam nos custos acrescidos com a educação e subsistência da criança, incluindo despesas hospitalares e cuidados especiais que a criança sempre exigirá. Há Autores mesmo que defendem que, nos casos em que se prove que os pais teriam mesmo interrompido a gravidez, não haveria só local a indemnização dos custos extra do cuidado de uma criança deficiente mas também toda a restituição dos custos de educar qualquer criança.

Já quanto aos danos morais, tem-se defendido que deverão ser indemnizados o sofrimento e surpresa dos pais por ver o filho no estado em que está, os danos da falta de liberdade reprodutiva, o dano da violação do planeamento familiar e da autonomia privada.

Na mesma esteira, parece-me óbvio que o filho deverá ser indemnizado pelos custos, igualmente, da sua subsistência, tais sejam os cuidados de saúde que a sua condição exige, o pagamento de medicamentos, consultas e hospitalizações que sejam previstas durante a sua vida por causa da deficiência. Estes custos do filho deverão quase ser semelhantes à obrigação de alimentos a ser dada pelos pais, no sentido de providenciar todos os cuidados de que a criança precise, resultantes da deficiência.

Os danos não patrimoniais à criança não têm sido tão consensuais mesmo para os Autores que aceitam as ações de “vida indevida”. De facto, André Dias Pereira¹⁴⁰ considera mesmo que esses danos serão de mais difícil apuramento do que os dos pais, uma vez que esses encontram logo a violação da sua autodeterminação e planeamento familiar. No entanto, sufragando muitos outros autores, como Fernando Araújo¹⁴¹, parece-me impossível não indemnizar os danos morais da criança, tais como as suas dores, sofrimento e mesmo tristeza de se encontrar em situação diferente de todas as outras crianças e ter disso consciência, nos casos de normal funcionamento neurológico.

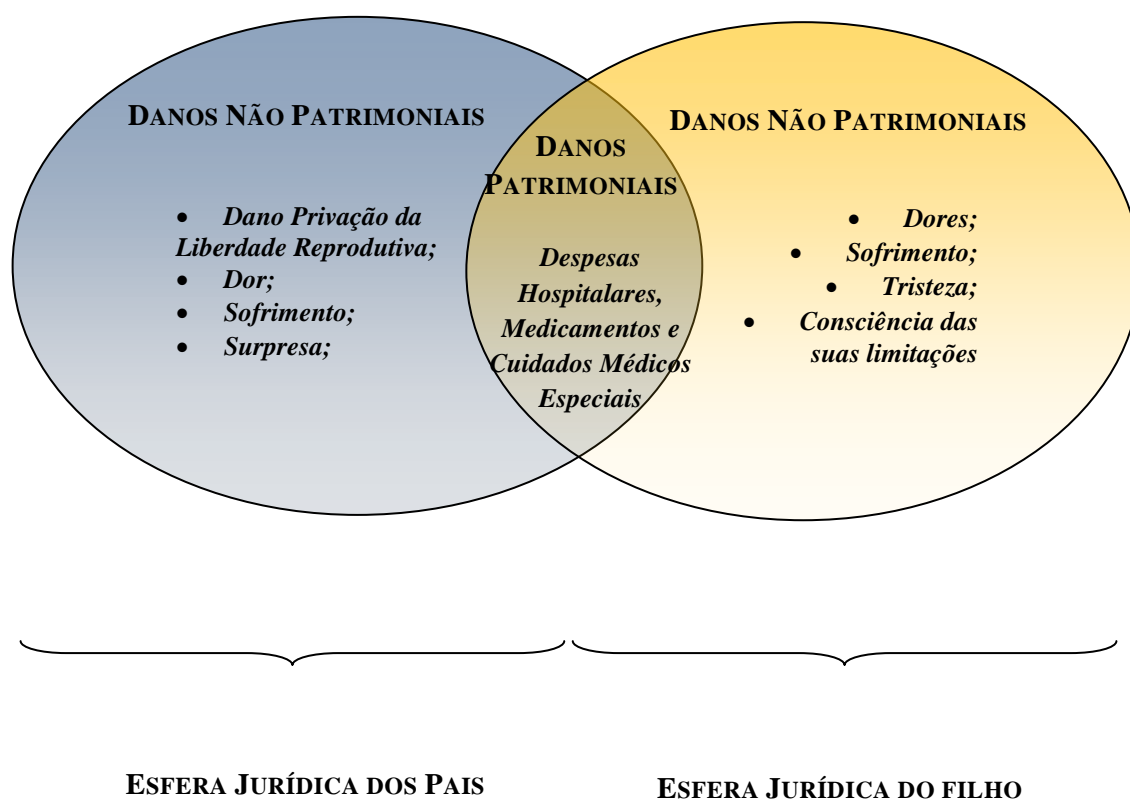
No entanto, com o que fica dito, parece surgir logo uma questão importante: não estará a haver a duplicação da indemnização por danos patrimoniais? É que será de notar, desde logo, que os danos patrimoniais que o médico acabaria a indemnizar aos pais seriam os mesmos que ao filho, uma vez que sempre falaremos das mesmas

¹⁴⁰ PEREIRA, *Op. Cit.*, p. 391.

¹⁴¹ ARAÚJO, *Op. Cit.*, pp. 84-114.

despesas médicas provenientes do estado da criança, quer seja contas de hospital ou os custos com medicamentos ou equipamentos especiais de que a lesada necessite para subsistir, numa sobreposição dos mesmos danos em ambas as esferas jurídicas dos Demandantes.

Figura 1



Por isso mesmo, ao haver a indemnização de ambos os Demandantes, não haverá uma dupla punição do médico a título patrimonial e mesmo um enriquecimento sem causa dos primeiros? Porque, enquanto a indemnização é atribuída duplamente, os custos a que diz respeito são sempre os mesmos e afetos a um mesmo fim.

É neste ponto que não entendo como é que as soluções que a doutrina tem apresentado no sentido da procedência destas ações são tão lineares: como é que se pode simplesmente aceitar a indemnização de ambas as partes sem ponderar que, não obstante se estar a punir corretamente o profissional médico... Se está igualmente a

castiga-lo duas vezes pelas mesmas despesas? Como é que não se nota desde logo que, para além de uma dupla punição, há mesmo um enriquecimento dos Demandantes – na realidade, em primeira esteira, dos pais – ao receberem duas vezes o valor das despesas médicas de que o filho necessita?

Uma vez que nunca foi concedida procedência a uma ação de “vida indevida” – menos ainda cumulada com uma de “nascimento indevido” – não se sabe como os tribunais portugueses iriam lidar com a questão. No entanto, nota-se uma clara preocupação da doutrina e da jurisprudência em garantir que a indemnização por danos patrimoniais seja efetivamente utilizada para colmatar as dificuldades que as despesas com cuidados especiais de saúde da criança apresentam. Nesse sentido, veja-se que Maria dos Prazeres Beleza, no seu voto de vencido no Acórdão de 2013, *supra* mencionado, considera que deveria haver uma forma da indemnização dos pais ser totalmente utilizada nos interesses da criança para conseguir, sobretudo, evitar que o dinheiro possa ser penhorado por dívidas dos pais.

Parece-me curiosa a maneira como se resolveu o caso *Turpin v Sortin* no Supreme Court of California. Nesse, alertados para a duplicação da indemnização pelas despesas médicas da criança, considerou-se procedente tanto a indemnização aos pais como ao filho... Mas limitando a deste último à altura em que ele fosse maior.

Compreendo a preocupação do tribunal e louvo mesmo a solução inovadora, sendo das poucas que, efetivamente, se preocupou com a resolução da dupla indemnização. Parece-me mesmo uma solução plausível... Não fosse não conseguir evitar a errada consignação da indemnização aos seus fins: nada garante que os pais utilizem o dinheiro para as despesas da criança e, mais ainda, nenhuma forma há de proteger a indemnização de futuras penhoras dos pais.

Posto isto, compreendo que, na altura em que se começarem a aceitar as indemnizações de “vida indevida” em Portugal – acredito sinceramente que é uma questão de “quando” e não “se” as ações virão a ser declaradas procedentes – os juízes estarão aptos para conseguir, de alguma forma, dividir a compensação por ambos os Demandantes, de forma a que, quantitativamente, a indemnização acabe por não ser duplicada. No entanto, em termos teóricos, quer-me parecer que a solução mais acertada seria a de indemnizar, a título de danos patrimoniais, somente a criança.

À primeira vista poderá parecer estranho, uma vez que, por um lado, já é totalmente aceite que os pais sejam indemnizados por violação do CPS e; por outro, são os próprios pais que têm de prover ao sustento da criança e pagamento das suas despesas médicas, pelo menos nos primeiros 18 anos da sua vida (não obstante, poder esse sustento durar a vida toda, nos casos de crianças que nascem com incapacidades agravadas). No entanto, quer-me parecer que deveria mesmo ser a decisão ansiada pelos pais.

Vejamos: a não se poder dar a totalidade da indemnização a ambos os Demandantes, sob o risco de se estar a criar um enriquecimento sem causa desses (e excluindo agora a hipótese de dividir a indemnização por ambos), deveria optar-se por dar a indemnização por danos patrimoniais a só um dos Demandantes. E, a optar por um deles, deveria ser aquele que, efetivamente, se verá o resto da vida obrigado a carregar com as despesas inerentes ao facto causador de RC. Claramente, falamos da criança, que ficará o resto da vida dependente de cuidados médicos, independentemente dos pais – quer eles morram, a abandonem ou simplesmente deixem de se preocupar com a sua subsistência.

Como tal, se a finalidade da indemnização por danos patrimoniais é a de garantir o pagamento dos tratamentos de que a criança precisa para subsistir, deverá ser um montante atribuído a quem, para sempre, terá de o pagar. Aliás, essa indemnização está mesmo limitada pelo tempo de vida de um dos Demandantes – o filho.

A atribuição de indemnização por danos patrimoniais unicamente à criança apresenta a óbvia vantagem de nunca deixar a criança sem as providências necessárias que o tribunal quis acautelar. Para mais, evita mesmo penhoras da conta dos pais e permite, sobretudo, que o Ministério Público, eventualmente se se der o caso, possa reagir judicialmente contra os pais se estiverem a usar indevidamente a indemnização em nome da criança – o que já não seria tão fácil no caso de indemnização atribuída em nome dos pais.

Entendo que possa parecer antagónico que haja uma clara violação do CPS dos pais mas que eles não sejam diretamente indemnizados por isso. No entanto, na prática, a reparação que se visa aqui, aos pais, cumpre-se na mesma: na realidade, apesar de a indemnização ficar em nome da criança, com ela se reduzem os danos patrimoniais dos

pais com as despesas que teriam com cuidados médicos e sempre serão eles a administrar a indemnização. Traduzia-se no mesmo que atribuir-lhes pessoalmente a indemnização mas com a vantagem de lhes permitir evitar maiores prejuízos se os seus credores viessem reclamar aquele valor, a consignar para o filho. Por isso mesmo, apesar de parecer uma solução *sui generis*, parece-me que até deveria ser aquela que os pais quereriam, uma vez que até a eles mesmos beneficia!

Ainda, na teoria, não se frustraria a RC, uma vez que os pais sempre terão direito a indemnização, a título próprio, pelos seus danos morais, nomeadamente a preterição do direito à liberdade reprodutiva.

Igualmente, a criança deverá ter direito à sua indemnização própria por danos morais, no que efetivamente diga respeito às suas dores, sofrimento e até mesmo a tristeza que viva pela sua condição (naturalmente que, tudo isto, a apurar casuisticamente, variando consoante a consciência da criança do estado em que está ou não).

Por fim, acho importante mencionar que não me parece que os danos morais possam ser indemnizados a mais ninguém fora deste círculo de Demandantes. Em Itália, na já mencionada decisão da *Corte de Cassazione* de 2012 foi atribuída também uma indemnização por danos não patrimoniais aos irmãos de uma criança que tinha interposto ação de “vida indevida”, considerando-se que teriam também danos, não podendo ter uma vida normal. No entanto, parece-me que, a haver uma indemnização nesse sentido, deverá ser muito rigidamente apurada, uma vez que já me parece extrapolar os limites da RC.

6. O Nexo

O nexu causal, ao estabelecer a relação entre o facto lesivo e o dano, é de fácil verificação nos casos em que a anomalia do nascituro é provocada diretamente por uma atuação do médico, como será o caso de um médico receitar antibióticos não permitidos a uma grávida ou mesmo realizar uma atuação lesiva no feto da qual decorra a sua posterior malformação. No entanto, o caso não poderá deixar de ser complexo nas ações de “vida indevida”, uma vez que a anomalia com que o feto nasce, ao ser congénita, não foi culpa do médico mas sim da genética dos pais e, quiçá, do Destino. Assim sendo, parece quase paradoxal estabelecer uma relação entre a omissão do médico e uma anomalia para a qual não foi ele que contribuiu mas sim os genes dos próprios pais. Mais, parece quase injusto responsabilizar o médico por um ato que provocou um resultado que seria sempre inevitável: quer o médico tivesse agido consoante as *leges artis* ou não, a criança sempre nasceria com a deficiência em causa.

Neste sentido vão vários Autores: consideram que a causa da deficiência sempre será natural e que não poderá ser responsabilizado por perigo que não afastou quem não o provocou, equiparando-se à verdadeira causa. Assim sendo, o médico, ao não ter criado a anomalia, não poderá ser responsável por não a ter evitado, sendo a causa tão só os genes dos pais.

Seguindo a sequência comparativa que temos trilhado, primeiramente, a questão deverá ser a verificação deste pressuposto também nos “nascimentos indevidos”. Vejamos: nestes estabelece-se um nexu causal entre a omissão do médico e a opção da mãe de exercer a sua faculdade de optar ou não pela IVG, em manifestação do seu direito ao livre desenvolvimento, à liberdade de procriação e o seu direito de autodeterminação, materializando-se essa violação no dano do nascimento com deficiência do filho.

Neste sentido, parece mais simples afirmar que há, efetivamente, um nexu causal entre a falta de informação e a preterição desses direitos. No entanto, a questão complica-se quando se coloca o foco no facto de se buscar resposta hipotética para a questão: “será que a mãe tinha interrompido a gravidez, se devidamente informada”?

Por um lado, doutrina há que considera que bastaria que a mãe afirmasse, *a posteriori* que teria interrompido a gravidez para tal se dar como provado. No Direito Alemão tem-se operado com a presunção do “sujeito razoável”, supondo que a mãe teria agido como uma pessoa sensata perante as informações apresentadas; já no Direito Espanhol parte-se do pressuposto de que, se possível, a mãe teria abortado; há ainda quem aponte o critério do *reasonable patient*, baseando-se no que a maioria das grávidas teria feito naquela situação.

Para mais, poderia ainda recorrer-se a alguns indícios para responder à questão, como: comportamentos anteriores da mãe; já ter abortado em gravidezes anteriores semelhantes; ou mesmo ter-se sujeitado a DPN com o intuito de vir a abortar, em caso de malformações.

Não obstante, todos esses raciocínios hipotéticos não passam de meras distrações: procurar a vontade da mãe não parece passar de uma maneira de os médicos fugirem à sua responsabilidade, ao tentarem deitar mão ao comportamento lícito alternativo, demonstrando que o dano do nascimento deficiente se teria produzido independentemente da sua conduta porque a mãe não teria optado pela IVG¹⁴². Mas essas alegações não poderão proceder uma vez que o comportamento lícito alternativo é agora utilizado em sede de Direito Penal, sendo que, no Direito Civil, apenas há uma figura semelhante, a chamada “causa virtual” que se limita a afastar a culpa do agente e só nos casos previstos na lei, tais como os art.ºs 491º, 492º e 493º/2 CC.

Afastando este raciocínio viciado, seria irrelevante a decisão da mãe quanto à prossecução da gravidez: o que interessa é que a mãe foi privada de decidir livre e esclarecidamente, havendo nexo causal com o dano de preterição desse direito, independentemente do uso que a mãe fosse fazer dele¹⁴³.

¹⁴² Há Autores que defendem mesmo o comportamento lícito alternativo para liberar o médico de algumas faltas na sua profissão, nomeadamente Luís **Manso** (*Op. Cit.*, pp. 135-157) e André Dias **Pereira** (*Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexo de causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, Documento disponível online). Este último considera que o comportamento será capaz de quebrar o nexo causal, desde que seja feita prova pelo médico nesse sentido (art.º 342º CC) e nunca nos casos de violações graves pelo profissional, como sejam a omissão de informações fundamentais para o doente, claramente o caso-regra de “vidas indevidas”.

¹⁴³ Apesar de se ver que a hipotética decisão da mulher não poderia ser condicionante para a indemnização, questão diferente é a possibilidade de reduzir o *quantum* da indemnização consoante essa decisão. De facto, se se provasse que a mulher iria recorrer a IVG, a indemnização deveria aumentar, ou seja, a indemnização deverá ser proporcional consoante o efetivo contributo do facto para o dano.

Já quanto a considerar-se que só o dano de violação da autodeterminação pode ser indemnizado, será de seguir a opinião de Vera Raposo¹⁴⁴ de que deverão ser indemnizados todos os danos sequenciais daquele, nomeadamente o nascimento com deficiência da criança que acarreta danos patrimoniais e morais. De onde se conclui que o nexo causal que se estabelece entre o dano “falta de planeamento familiar” por preterição dos direitos reprodutivos da mãe é direto; no entanto, já o dano “nascimento com deficiência” do filho, a ser indemnizado à mãe, e que para aqui nos interessa até para efeitos comparativos, encontra um nexo causal indireto, sendo considerado um dano consequencial daquele primeiro.

Por fim, porque nos movemos num campo que continua a ser de execução dúbia, naturalmente que o estabelecimento deste nexo sempre dependerá da falibilidade do DPN. Portanto, em casos em que esse nem se tenha realizado e não se saiba se a malformação teria sido detetada, quanto muito poderemos falar de uma privação de possibilidade de aceder à informação, numa modalidade de perda de chance.

Seja como for, não parece obstáculo à procedência da ação o pressuposto do nexo, uma vez que esse parece estabelecer-se diretamente com a violação dos direitos reprodutivos da mãe que consubstanciam o dano nascimento com deficiência (estabelecendo-se, assim, um nexo indireto com o nascimento propriamente dito). Nas “vidas indevidas”, procura-se o nexo entre o dano do nascimento com deficiência e a preterição dos deveres laterais de cuidado resultantes do CEPT; ou, caso não se aceite a existência desses deveres, simplesmente por, do comportamento médico, ter resultado aquele nascimento deficiente.

Algumas considerações são, agora, necessárias:

Com base no art.º 563º CC e mesmo no art.º 10º CP, a doutrina, na esteira dos ensinamentos de Galvão Telles¹⁴⁵, tem buscando estabelecer o nexo causal com base na teoria da causalidade adequada¹⁴⁶. No entanto, essa, como salienta Marta Nunes

¹⁴⁴ **RAPOSO**, *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth)* in: *Revista do Ministério Público*, nº 132, p. 74, 2012;

¹⁴⁵ **TELLES**, I. G., *Direito das Obrigações*, Reimpressão da 7ª edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010, pp. 404-410.

¹⁴⁶ Segundo essa teoria, o facto só seria causa do dano quando este não se tivesse verificado sem a sua atuação. Tem uma formulação negativa – se o dano não se tinha verificado sem o facto – e positiva – o facto tem de ser causa adequada do dano (através de um juízo de idoneidade), tendo de se ter efetivamente verificado no caso concreto.

Vicente¹⁴⁷, sempre sairá frustrada, uma vez que essa teoria se apresenta como demasiado estrita, ao considerar que só haverá nexos causal com as condutas cuja natureza geral e o censo normal levavam, em abstrato, a que o dano ocorresse.

Guilherme de Oliveira¹⁴⁸, neste sentido, não nega que haja nexos para a responsabilização do médico só porque, no mesmo processo, intervêm outros fatores. Alega que não seria precisa uma causalidade direta e imediata mas o nexos poderá também estabelecer-se indiretamente, não tendo o facto produzido ele mesmo o dano mas tendo-o desencadeado ou tendo proporcionado outro que levou a verificação desse. Nesse sentido, auxilia-se dos exemplos de Manuel de Andrade, tais como o caso em que A sofre um acidente provocado por B; mas B, para além de indemnizar A, terá mesmo de indemnizar C pelos danos que tenha tido a tentar socorrer A.

Outra forma de ultrapassar a questão do nexos seria utilizar a teoria do escopo da norma violada ou mesmo a teoria do fim da norma. Nesse caso, se se considerasse que o escopo da norma que permite o aborto eugénico é evitar os nascimentos deficientes em benefício do próprio filho, como Vera Lúcia Raposo prega, estabelecer-se-ia o nexos causal precisamente por se verificar o resultado que a norma desejava prevenir.

Neste sentido, poderia ainda, sustentando o CEPT, alegar-se que o escopo da norma do CPS do médico com a mãe era mesmo abranger a proteção do feto, razão pela qual logo encontraria nexos, tal como a mãe, na preterição dos deveres resultantes do contrato que teriam resultado naquele nascimento.

Também aceitando o estabelecimento do nexos causal entre a ação do médico e o nascimento com deficiência, André Dias Pereira apresenta um argumento que nos parece ilustrar analogicamente a problemática: se um médico omite os seus deveres de cuidado ao não detetar um cancro num paciente e, por isso, o mesmo cancro se espalha e leva à morte do paciente, não poderá o médico ser responsabilizado por isso? Assim,

No Direito Civil, sendo a teoria mais flexível que no Direito Penal (em que se encontra limitado pelos princípios da legalidade e a presunção de inocência), o facto só deixará de ser causa do dano quando foi totalmente indiferente para ele ou só o produziu por circunstâncias anómalas. Ou seja, exige-se uma certeza histórico-empírica, sendo necessário um juízo de probabilidade muito alto.

Daí que esta flexibilidade da teoria, presente no Direito Civil, permita um raciocínio igualmente elástico quanto ao pressuposto do nexos causal para a questão em análise.

¹⁴⁷ VICENTE, *Algumas reflexões sobre as ações de “wrongful life”: a Jurisprudência Perruche in: Lex Medicinæ*, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 127-129.

¹⁴⁸ OLIVEIRA, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999, p. 216.

com uma omissão do mesmo género para com um feto, levando a um dano perpétuo, como poderá defender-se a impunibilidade da conduta médica por falta de nexo causal?

Acabo por concluir, como Vera Raposo, que há nexo no sentido de que a informação do médico daria a hipótese de um consentimento informado que poderia ter evitado o nascimento com aquele dano. Por isso, o médico é o responsável de a pessoa ter aquela vida, apesar de se achar um nexo indireto: a malformação sempre existiria mas era quase um dano potencial que se consubstancia com o comportamento médico, sendo assim que se estabelece o nexo entre a sua conduta e o nascimento com aquela malformação.

Ainda, para quem concorde com a existência de um contrato com eficácia para proteção de terceiros, o nexo vai-se estabelecer entre a violação de danos laterais de informação para o terceiro e o dano, mais uma vez porque resultam danos da violação dos deveres de cuidado do CPS, nomeadamente o nascimento com aquela deficiência.

Concluindo, para quem entenda que há um CPS como CEPT, o nexo quer no “nascimento indevido” como em “vida indevida” estabelece-se por a violação do contrato originar danos, tais como o nascimento com deformações. Neste caso, claramente, não haverá diferenças entre o que se diz quanto à legitimidade da mãe mas também do feto, razão pela qual as duas ações não poderão ser tratadas de maneira diferente.

Reforça-se que mesmo que não se considere que há um CEPT, a verdade é que o nexo sempre se poderá constituir indiretamente entre a conduta médica que proporciona a consumação do dano com o nascimento da criança, ao não dar a possibilidade da mãe de consentir livremente nesse nascimento, razão pela qual, mais uma vez, não se vê onde esteja a diferença entre a pretensão da mãe e do filho.

Assim sendo, verificado o último pressuposto de responsabilidade civil e não se apresentando, igualmente, diferenças nas duas ações, mais reforçadamente não se entende como a jurisprudência tem vindo a dar um tratamento tão díspar a ambas. De facto, se as ações preenchem os mesmos pressupostos, nos mesmos moldes, como é que

se aceita indenizar os pais por um dano que, na realidade, mais diretamente afeta a própria criança?

7. Legitimidade Ativa

Assente que fica a forma de preencher os pressupostos da RC nas ações aqui em causa, restará saber quem terá legitimidade processual para as intentar, ou seja, quem terá a sua legitimidade ativa.

O CPC considera como autor legítimo aquele que tenha interesse direto em demandar (art.º 30º), sendo esse interesse aferido com base na utilidade derivada da procedência da ação. Assim sendo, a lei exige, sob pena de ilegitimidade processual, que a ação tenha utilidade para o autor, uma vez que ele deverá sempre ser diretamente interessado na sua procedência, não se podendo limitar o interesse a ser indireto ou reflexo.

Assim sendo, não poderão restar dúvidas quanto à legitimidade da progenitora materna, uma vez que ela sempre terá um interesse direto na compensação da lesão do seu direito à integridade física mas, sobretudo, porque sempre terá interesse em ser indemnizada para colmatar os danos que lhe advenham dos especiais cuidados médicos a ter com a criança.

Da mesma forma, o progenitor masculino terá igualmente legitimidade ativa para interpor uma ação de “nascimento indevido” uma vez que, tal como a mãe, terá encargos especiais derivados da condição do filho, que o tornarão diretamente interessado na procedência da ação, sendo facilmente verificável a utilidade dessa. Assim, com base em danos consequenciais da violação do direito à autodeterminação reprodutiva da mãe, parece-me totalmente plausível que o pai tenha igualmente legitimidade ativa.

No entanto, se se verificar que o progenitor não partilhou a gravidez com a mãe ou não faz parte da vida da criança, não a auxiliando de maneira nenhuma, parece-me óbvio que não terá qualquer interesse direto na procedência da ação, uma vez que os encargos decorrentes do comportamento médico e seus danos não se verificarão na sua esfera jurídica, porque alheado da vida da criança e dos encargos da mesma.

Ainda, não se poderá deixar de notar, igualmente, como indica Vera Lúcia Raposo, que, em caso de conflito de posições dos pais quanto ao aborto se tivessem sabido da condição da criança, se a mãe alegar que nunca o teria feito, qualquer compensação do pai desaparecerá por desaparecer a violação do direito que serviria de base aos seus danos consequenciais¹⁴⁹.

E outros parentes (como pais, irmãos, tios) que possam também sofrer danos consequenciais como ver o sofrimento e dor das condições de vida da criança? Poderão ter direito a qualquer compensação? Como alega Vera Raposo, esses danos consequenciais deverão limitar-se a compensar o pai pela relação de proximidade que apresenta com a mãe e com a própria criança, concluindo-se pela limitação da legitimidade ativa nos “nascimentos indevidos” aos dois progenitores até porque, obviamente, não se entende que interesse direito poderiam ter em ser ressarcidas tais pessoas, não só por não suportarem encargos decorrentes da condição da criança como por não terem qualquer direito violado a basear a pretensão.

A possibilidade de o pai poder intentar uma ação deste teor parece-me reforçar a legitimidade da criança para intentar uma ação de “vida indevida” com base no mesmo comportamento médico. Se não vejamos: os danos consequenciais alegados pela violação do direito reprodutivo da mãe, pelo pai, serão mais gravosos ainda quanto ao filho, o lesado diretamente pela preterição de escolha da mãe; para mais, como fica explicitado, quando haja um CPS, o menor nem deverá ter de recorrer a danos consequenciais da violação do direito da mãe, uma vez que terá violações a alegar por si próprio, nomeadamente se se fizer uso da figura do contrato com eficácia para proteção de terceiros.

Quer-se com isso dizer que, se a justiça exigir uma compensação do pai por danos consequenciais, terá necessariamente de compensar o filho por danos próprios, todos eles resultantes do mesmo comportamento médico. A não ser assim, não poderia mesmo pensar-se numa objetivação do menor? Em que seria quase uma fonte de rendimento para os seus pais enquanto a ele não lhe assistiriam quaisquer direitos?

¹⁴⁹ Esta questão só será diferente nos casos em que falemos de procriação *in vitro*, em que a posição dos pais quanto ao nascimento será exatamente igual, não havendo qualquer preferência da posição da mulher por ter direito à autodeterminação reprodutiva, que lhe permitiria escolher informadamente se prosseguia ou não a gravidez.

Assim sendo, verificados, *supra*, os pressupostos de RC quanto ao filho, certo é que ele terá legitimidade para intentar uma ação. Mas os problemas continuam a ser mais que muitos.

Por um lado, quando estas ações são intentadas, regra geral, as crianças serão menores, sem capacidade judiciária¹⁵⁰ para demandar alguém judicialmente. Para suprir tal incapacidade, o menor deverá ser representado pelos pais (numa ação contra o médico) ou mesmo por outro representante legal (como o Ministério Público, nomeadamente em *wrongful lifes* interpostas contra os pais)¹⁵¹.

No entanto, o art.º 1881º CC, referente à representação pelos progenitores, prevê que essa não poderá existir para questões “puramente pessoais” dos menores. É esse artigo que leva a que a questão da ilegitimidade processual dos pais para representar o filho numa ação de “vida indevida” seja levantada no Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001.

No Acórdão parte-se da premissa errada de que há a necessidade de se fazer um juízo de valor sobre a vida da criança que, por ser puramente pessoal, não poderia ser realizado pelos pais, em representação da criança. Remetem para a já debatida reivindicação de um direito à não existência, que consideram inconcebível mas que, na eventualidade de existir, só poderia ser alegado pela criança quando maior. A questão merece algumas considerações:

Em primeiro lugar, partindo de noções do Direito de Família quanto às responsabilidades parentais e a sua génese, tentemos compreender a representação dos filhos pelos pais, enquanto menores.

Ora, as responsabilidades parentais, previstas nos art.º 1877º ss, consistem numa série de deveres a cargo dos pais para com os filhos para o seu desenvolvimento. O art.º 1878º vem mesmo denunciar o conteúdo desse poder, reforçando a necessidade do mesmo ser cumprido “no interesse dos filhos” e a necessidade de promover a segurança,

¹⁵⁰ Segundo o art.º 15º CPC, a “capacidade judiciária” será a “susceptibilidade de estar, por si, em juízo”. Essa será aferida com remissão para as regras do exercício dos direitos, previstas nos CC.

O CC prevê a incapacidade jurídica dos menores até completarem dezoito anos de idade (art.º 122º), salvo exceções do art.º 127º.

¹⁵¹ Art.ºs 16º ss.

saúde, sustento e educação dos menores, *ainda que nascituros*, incluindo, pelo art.º 1881º, poderes de representação.

Da análise particular desses artigos e da teleologia que serve de base aos mesmos, seguro será afirmar que o nosso ordenamento jurídico confere uma proteção especial aos menores devido à sua falta de experiência e maturidade. Essa proteção é concedida ao arranjar quem se substitua a eles, no seu interesse, nas obrigações da sua vida e que lhes possibilite condições dignas para o seu desenvolvimento físico e psicológico. Ou seja, dessas normas nucleares sobre as responsabilidades parentais percebemos que o legislador quis proteger o menor, ao confiar os atos importantes da sua vida aos pais, pessoas que lhe serão de confiança e que, regra geral, quererão o seu melhor interesse.

Quis, então, o direito proteger os menores ao arranjar quem os representasse. Retirar a hipótese dos pais intentarem uma ação que em tudo parece benéfica ao menor não seria retroceder em relação a essa proteção que as responsabilidades parentais precisamente buscam? O interesse superior do menor, que o Direito busca, não exige mesmo que os pais substituam o filho nestas ações, sobretudo nos casos em que o menor, durante toda a vida, nunca tiver capacidade para agir por si?

António Pinto Monteiro¹⁵² apresenta um requisito para a regularidade da representação: alegando possíveis conflitos de interesses entre os pais e o filho, nomeadamente por os pais poderem vir a decidir em sentido oposto ao que o filho quererá quando maior e com capacidade para avaliar a sua situação, acha que se deveria poder fazer depender essa representação dos pais de autorização judicial, numa analogia com o art.º 1889º CC.

Salvo o devido respeito, parece-me que o Autor está a partir de premissas erradas: por um lado, parte da ideia de que o conflito poderia estar presente numa valoração de que a vida do menor não era boa e era preferível não ter nascido, sendo esse o dano a avaliar. Como tal, poderia efetivamente chocar que os pais pedissem uma indemnização por algo que a criança, mais tarde, não consideraria verdade, preferindo estar viva e não morta. No entanto, os pais intentam ação para indemnizar o dano das condições particulares de vida do menor, um dado quase objetivo e visível (uma vez que

¹⁵² **MONTEIRO**, *Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)*, in: *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, n.º 3933, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 377-384;

falamos de deficiências graves), que não deverá ser algo de que o menor, mais tarde, possa discordar. O que toca no ponto fulcral quanto à legitimidade da criança: não se trata de ela ter um interesse direito por, mais tarde, vir a valorar negativamente a sua vida, enquanto menos preferível ainda do que uma não-vida. Na realidade, do que se trata é de a criança querer uma indemnização pelos danos da sua condição objetivamente pior do que a de uma vida saudável.

De onde concluímos que a objeção do art.º 1881º não é de todo razoável porque, na realidade, não nos movemos por atos puramente pessoais, não há qualquer avaliação subjetiva a ser realizada ou qualquer valoração de uma vida; tratamos tão só de uma questão patrimonial, a questão de resolver esses danos – mas igualmente morais – que resultaram de uma condição que, enquanto não desvaliosa, está onerada de mais encargos do que uma vida saudável.

Como tal, da mesma maneira que os pais poderão exercer a representação do filho quanto aos seus bens, não se entende porque não poderão representá-lo numa ação de carácter igualmente patrimonial.

Ainda obstando à necessidade de uma autorização do tribunal para propor a ação em nome do filho, pergunto: que verdadeiro conflito – porque na realidade, o que a necessidade de autorização quer evitar é um possível conflito de interesses entre os pais e o filho – poderá haver no pedido de indemnização dos pais para o filho quando, normalmente, os mesmos pais já se encontrarão também indemnizados (e mais consensualmente, na nossa jurisprudência) por uma ação de “nascimento indevido”? Na realidade, se os pais têm mais segurança de ser indemnizados em nome próprio, porque necessitariam de pedir indemnização por danos do menor se não no interesse do próprio? E podendo mesmo haver esse conflito, na eventualidade dos pais se estarem a aproveitar dos danos do filho para ver duplicada a sua indemnização, será de notar que, a achar-se alguma falha na utilização da indemnização, o próprio Ministério Público poderia vir em defesa do menor se ele tivesse compensação por danos próprios mas já não pela indemnização em nome dos pais.

Será ainda de notar que o STJ remetia o exercício do direito da criança para depois da maioridade da mesma, pressupondo que ela seria já capaz, a partir daí, de intentar ação por si. Mas essa utopia só poderá ser alegada por quem não tenha

analisado os acórdãos típicos destas ações, em que falamos de crianças que não só são menores com incapacidades como, provavelmente, toda a vida estarão impossibilitadas de interpor qualquer ação, por deficiências mentais que nunca lhes permitirão fazer valer por si qualquer direito. Apesar de alguns Autores alertarem para que estas crianças poderão mesmo viver felizes, passando a maior parte do seu tempo num “país das maravilhas”, a verdade é que, como bem indica Vera Raposo, é precisamente essa falta de consciência da criança, de não conseguir percecionar os seus danos que demonstrará a intensidade da lesão e a sua necessidade de compensação.

Assim sendo, se o menor estiver tão debilitado que nunca poderá fazer-se valer em juízo por si, não poderá ser representado? Não será esta solução uma limitação do direito de acesso à justiça, do menor? E, a encontrar-se tão limitada pela deficiência e a ser-lhe decretada medida de acompanhamento, também se verá limitada essa representação, impossibilitando para sempre qualquer compensação?

Não me parece de todo razoável e compreensível à luz das conceções do Direito.

Serão de seguir de perto, ainda, as reflexões de António Queirós¹⁵³: mesmo que a criança possa vir a pedir a indemnização quando maior, para quê esperar? Não há nenhuma norma que limite diretamente as responsabilidades parentais neste caso, sobretudo porque se busca o superior interesse do filho e será de presumir que, quando emancipada (e capaz disso), a criança vá pedir a indemnização. Fazê-la esperar pela maioridade será condená-la a ficar sem a indemnização na altura em que mais precisa dela, para compensar as dificuldades de desenvolvimento da deficiência.

A solução só poderá, então, ir numa direção, sob pena de se deixar totalmente desprotegida uma criança que, de si só, já tem limitações próprias: permitir que os pais ou mesmo o Ministério Público, enquanto representantes, intentem ação em nome da criança para fazer valer os seus direitos, uma vez que ela poderá mesmo nunca o poder fazer.

¹⁵³ **QUEIRÓS, A. G.**, *As ações de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito de Coimbra, 2016, Documento de consulta disponível em www.estudogeral.sib.uc.pt.

8. O Placebo da Segurança Social

Como solução alternativa à indemnização de responsabilidade civil da criança, por se considerar que os limites desse instituto estarão a ser ultrapassados, e na esteira da solução francesa, doutrina e jurisprudência não têm faltado a remeter o ressarcimento da criança para a Segurança Social.

A Segurança Social tem consagração constitucional, enquanto um direito que assiste a todos os cidadãos (art.º 63º CRP). Mas, enquanto direito e dever social, acaba por ter um carácter primordialmente obrigacional para o Estado, exigindo prestações de facto ao Estado, nomeadamente a organização, coordenação e “subsídio de um sistema de segurança social unificado e descentralizado”¹⁵⁴. No seu nº3, o mesmo artigo especifica, exemplificativamente, quem serão os principais credores de tais obrigações, como sejam, para o que aqui nos interessa, os cidadãos com doenças, inválidos ou mesmo que tenham diminuição de meios de subsistência ou de capacidade para o trabalho. Ou seja, a tendência será para se remeter as dificuldades resultantes de deficiências para o sistema da Segurança Social.

Ora, a Segurança Social “é um sistema que pretende assegurar direitos básicos dos cidadãos e a igualdade de oportunidades, bem como, promover o bem-estar e a coesão social para todos os cidadãos”¹⁵⁵. Para mais, um dos seus objetivos será mesmo a promoção da melhoria das condições e dos níveis de proteção social e o reforço da equidade. Considerando-se, então, essa sua finalidade de auxílio para as melhores condições sociais possíveis, voltadas para a equidade que, enquanto discriminação positiva, facilmente alberga direitos à igualdade das pessoas com deficiência, compreende-se o rápido socorro por esta via.

No entanto, confesso que resolver a questão com uma remissão quase “preguiçosa” para a Segurança Social, alheada a qualquer responsabilidade do médico nada mais será do que um “placebo”, um “medicamento” que apenas apresentaria “efeito terapêutico” pelos efeitos ilusórios e crenças de que a questão estava resolvida quando, na realidade, não se estaria a apresentar uma “cura” efetiva. Na realidade, no

¹⁵⁴ Art.º 63º CRP.

¹⁵⁵ Segundo o *site* da Segurança Social, disponível em www.seg-social.pt.

significado da palavra latina *placere*, tudo o que se estará a fazer é a “agradar” o paciente, ao dar-lhe uma qualquer solução ilusória sem, efetivamente, tratar a questão substancial.

Uma coisa é certa: o auxílio por ambas as vias – remissão para a Segurança Social ou Responsabilidade Civil – sempre teriam como finalidade auxiliar a colmatar as despesas que advém da deficiência. Com esta finalidade em comum a ambos os institutos, resta analisar em que pressupostos as soluções são díspares: por um lado, a Segurança Social busca a justiça coletiva, a repartição coletiva de riscos, independentemente de ilicitude ou culpa do ato que provocou os danos; por outro lado, a responsabilidade civil, com base no princípio da responsabilização subjetiva, já busca a justiça individual, equilibrando a liberdade de cada um e o respeito pelos direitos alheios.

Há Autores, como Carneiro da Frada, que consideram que a Segurança Social será a sede certa para tratar da questão, uma vez que se deverá distinguir entre a “necessidade” da criança de ser indemnizada e a existência de um “dano”. Para o Autor, existe, efetivamente, uma necessidade tanto de compensar a criança como os pais mas não houve um dano em sentido jurídico-normativo que justifique que sejam indemnizados a título de responsabilidade civil, razão pela qual a criança deveria ser apoiada pelos meios assistenciais, de carácter solidário-distributivo¹⁵⁶.

Como fica dito, a Segurança Social tem uma natureza coletiva e distributiva da justiça. Aliás, como é sabido, a Segurança Social é financiada por todos os cidadãos da comunidade, com o objetivo de, com essas contribuições, auxiliar todos quantos precisem. Já a responsabilidade civil, enquanto instituto totalmente individual e aplicado a relações concretas de violações entre indivíduos, leva a que um agente praticante de facto danoso tenha de, sem qualquer auxílio do Estado, reembolsar a vítima pelos danos que lhe provocou.

¹⁵⁶ Será relevante notar que o Autor considera que o dano destas ações será o “dano-vida” e, rejeitando-o (bem, como já se teve hipótese de referir), considera que não se encontra preenchido o pressuposto do dano na RC. Como tal, o Autor remete para a Segurança Social, considerando que os pressupostos necessários da RC não se verificam.

Como tal, como seria justo sequer que a Segurança Social estivesse, com os bens da comunidade e em detrimento dela, a indemnizar um lesado por danos que podem ser claramente imputados a um agente?

Assim sendo, sem dúvida que considero que a Segurança Social, independentemente do apoio que deve dar a qualquer deficiente, nomeadamente estas crianças, não será o instituto correto para indemnizar o dano “vida com deficiência”. Aceitar isso seria deixar um facto ilícito passar impune, com total irresponsabilização médica e com violação do princípio da responsabilidade subjetiva, fazendo toda a comunidade pagar pela conduta de um só sujeito.

Autores há que, para afastar a remissão para a Segurança Social, têm vindo a alegar as limitações desse sistema que, muitas vezes, indemniza tarde ou nem nunca chega a indemnizar os interessados. Obviamente, não poderei obstar a isso. No entanto, quer-me parecer que, numa análise puramente teórica e jurídica da questão, não se busca aqui qual o meio mais efetivo, na prática, de indemnizar a criança e de ela conseguir meios de subsistência mas busca-se sim a coerência do sistema jurídico – tal como se tem tentado organizar durante toda a dissertação. Daí que, em termos teóricos, nunca me pareceria relevante se a Segurança Social funciona ou não devidamente mas interessaria simplesmente saber se esta compensação deveria ser uma incumbência dela. E parece-me que não poderia ser, uma vez que há um agente a responsabilizar que não poderá sair impune, sob pena de se estar a quebrar a coerência da responsabilidade civil e dos cada vez mais vinculados direitos quer das crianças, quer das pessoas com deficiências.

Independentemente do que fica dito, será de notar que a indemnização da criança pela responsabilidade civil do médico não será obstáculo a que beneficie, igualmente, dos apoios da Segurança Social para as pessoas com deficiências que se lhe apliquem.

9. Efeito bola-de-neve

Uma das objeções que muito se levanta contra a procedência das ações de “vida indevida” é a possibilidade de, com isso, se originar um *slippery slop* ou o que é comumente conhecido como um “efeito bola-de-neve”. Receia-se por parte da doutrina que, ao permitir a indemnização de uma ação de “vida indevida” contra um médico, se esteja mesmo a dar “poder” à criança para vir igualmente pedir compensações por “vida indevida” aos próprios pais. Note-se, até, que o intentar destas ações contra os demandados-pais nem é algo totalmente inovador uma vez que, pela análise de Direito Comparado na Parte I, logo vemos que as *wrongful life actions* começaram como uma demanda de um filho contra o seu pai, por ter nascido enquanto bastardo.

Ora, esta objecção até me parece relativamente fácil de rebater. Primeiramente, vejamos que o que se concluiu em sede de responsabilidade civil, até aqui, é que o médico, por violação dos seus deveres de acordo com a *leges artis*, provocou danos a uma criança, que nasce não só deficiente mas com a impreparação dos pais para esse facto, por não terem dele sido devidamente informados.

Para se poder considerar que a procedência dessa ação poderia originar a procedência de ações contra os pais, essas teriam de ser ações análogas, com base na mesma factualidade e, como tal, a única possibilidade que me pareceria ainda remotamente viável seria o caso em que a criança iria potencialmente nascer deficiente e os pais sabiam mas optaram por não realizar IVG.

Parece-me que somente este caso poderia ser comparável: o médico, com o cumprimento devido da sua *leges artis* realizou DPN, interpretou-o bem e informou-o corretamente aos pais; quando confrontados com essa informação, apesar de preenchidos os requisitos para se realizar IVG pelo art.º 142º/1/c) CP, os pais optaram por não o fazer, resultando daí o nascimento de criança deficiente. Poderia, o filho que nasceu desta história, pedir indemnização contra os pais?

Analisemos essa questão numa vertente prática, com a análise dos seguintes casos:

- a) O médico A omite a realização de DPN que, com grandes probabilidades, permitiria antever que a criança padecia de Trissomia XXI;
- b) O médico A realiza DPN do qual verifica que a criança irá padecer de Trissomia XXI e informa os futuros progenitores disso. Confrontados com essa informação, B e C decidem prosseguir a gravidez.

A principal diferença que podemos notar logo nos dois casos é o comportamento médico, sendo que o primeiro exemplo consubstancia uma má prática médica, violadora da *leges artis* e do CPS e o segundo não. A consequência desses comportamentos díspares é logo a liberdade de escolha dos pais, que é totalmente preterida no primeiro caso mas que já é totalmente respeitada no segundo.

No primeiro caso, como temos defendido durante toda a Dissertação, há uma má prática médica que deverá ser responsabilizada por violar direitos dos pais e o CPS com eles (na eventualidade desse ter sido celebrado); mas também perante o filho por violar o CEPT nos seus deveres laterais de proteção do nascituro. Nos casos em que não haja CPS celebrado com os pais (e consequentemente não haja qualquer CEPT), considero que se poderia alegar um “direito à vida com qualidade de saúde” da criança para sustentar a sua pretensão, uma vez que a falta de informação dos pais não lhes permitiu decidir informadamente se tinham meios para prosseguir essa qualidade de saúde do filho. Quero com isto dizer que, ao não saberem da condição do filho e serem surpreendidos com ela, os pais acabam por não ter meios patrimoniais e mesmo não ter a capacidade psicológica para prover uma vida com qualidade de saúde do filho, o que lhe trará sempre a ele, principalmente, danos consequenciais, como a falta de meios de subsistência. É por isso que o responsável por essa falta de preparação e pelo comportamento contrário à *leges artis* – o médico – deverá ser responsabilizado, independentemente de não ter provocado a deficiência congénita.

A comparação desse primeiro exemplo com o segundo deixará mais clara a noção de “dano de impreparação dos pais para o nascimento deficiente”.

Vejamos: no segundo caso, o médico está totalmente ilibado da responsabilidade pois não só não provocou a deficiência congénita como também realizou os testes necessários para a detetar, interpretou-os corretamente e informou-os igualmente aos pais, de acordo com a sua *leges artis*. Portanto, a decisão de prosseguir ou não a

gravidez passou para quem era dono dela por direito: os pais. Com base na sua liberdade reprodutiva e autodeterminação, confrontados com a factualidade do seu filho ir nascer deficiente, podem decidir se querem prosseguir a gravidez ou não. Será essa decisão verdadeiramente livre ou a escolha de não realizar IVG será passível de RC por *wrongful life*?

Primeiramente, parece-me que este dilema para os pais só se impõe nos casos em que a deficiência seja relativamente “leve”, como seja a Trissomia XXI. De facto, acredito que nenhum pai, em nenhuma condição, quer no seu interesse como do filho, irá consentir em prosseguir gravidez em que a criança vá nascer gravemente deformada, sem quaisquer perspectivas de autonomização e de desenvolvimento relativamente normal¹⁵⁷.

Portanto, foquemo-nos na eventual responsabilidade dos progenitores por prosseguirem gravidez com diagnóstico de Trissomia XXI do filho: pelos mais variados motivos, B e C decidem prosseguir a gravidez (imaginemos que seja porque já tinham tentado engravidar várias vezes e não conseguiram, sendo que a progenitora já tinha perto de 40 anos e a sua idade fértil estava no fim). Esse casal não realiza IVG e consente livre e esclarecidamente na prossecução da gravidez porque sabe que não é a deficiência da criança que os impedirá de gostar dela como de qualquer outra que fosse sua; aliás, já não serão surpreendidos com o nascimento anómalo da criança: já o esperam, já o aceitaram e tiveram os meses da gravidez para o preparar. Mais, tiveram igualmente tempo para ponderar se teriam dinheiro e condições financeiras para

¹⁵⁷ Portanto, obviamente, parece-me absurdo considerar que algum pai seria capaz de prosseguir gravidez com informação de DPN no sentido do que deveria ter sido informado aos pais, no caso do Acórdão de 17 de Janeiro de 2013: “Além disso permite (o DPN) avaliar os marcadores ecográficos de anomalias cromossômicas e/ou genéticas, e uma análise sistemática e completa da morfologia fetal, a saber:

1. crânio (forma e ossificação);
2. cérebro;
3. face (lábios, palato, globo ocular, cristalino, osso nasal, mandíbula, maxilar);
4. orelhas (implementação e formato);
5. coluna (cervical, torácica, lombar);
6. nuca;
7. tórax;
8. coração;
9. abdómen;
10. rins;
11. bexiga;
12. estômago;
13. fígado e intestino;
14. membros (pernas, pés, braços, mãos e dedos);
15. genitais.”

providenciar pelos cuidados da criança e mesmo para se informar dos auxílios que poderiam receber da Segurança Social para os auxiliar a prosseguir uma melhor vida para o seu filho. Uma melhor *vida com qualidade de saúde*. Assim se vê que o que defendo, enquanto qualidade de saúde não é de todo uma saúde a 100%, com todas as funcionalidades expectáveis e ausente de qualquer deficiência. Falo de um conceito flexível, a preencher com base em cada caso concreto, em que a vida da criança deficiente é totalmente valorizada e se busca a melhor qualidade que a sua saúde possa ter *tendo em conta que padece e sempre padecerá de uma deficiência*.

Visto que os pais foram devidamente informados e tiveram a capacidade de escolha, preparando-se para o nascimento da criança naquelas condições, já não há qualquer dano de impreparação, ao contrário do que ocorre quando o médico não age de acordo com o que exige a sua profissão. Como tal, a falta do dano faz falhar um dos pressupostos da RC que imputamos ao médico.

Para mais, falha também o ilícito que existe no primeiro exemplo, contra o médico: por um lado, não há qualquer relação contratual em que o filho possa basear a sua pretensão contra os pais; e por outro lado, não há qualquer direito extracontratual a ser violado porque, como vimos, o “direito à vida com qualidade de saúde” só terá sido violado pelo médico no primeiro exemplo e não pelos pais, no segundo.

Será igualmente de ressaltar que chocaria que os pais pudessem ser responsabilizados por não realizarem IVG, uma vez que não há qualquer direito da criança a ser abortada e muito menos há qualquer dever dos pais à IVG.

Portanto, recorrendo à Tabela sumária do Apêndice E, logo verificamos que, enquanto todos os pressupostos de RC estão claramente preenchidos nas *wrongful life* contra médicos, já falharão dois nas *wrongful life actions* deste tipo contra os pais – o ilícito e o dano.

Feita esta comparação, acabamos com a objeção à procedência de *wrongful life actions* contra os médicos por receio de uma *slippery slope* contra os pais, uma vez que não é a procedência das primeiras que, em cadeia, levará igualmente à procedência das segundas, baseando-se ambas em pressupostos diferentes.

Os casos que comparei referem-se somente às doenças congénitas de que a criança padeça por aquilo que acabam por ser acasos do Destino. No entanto, essas doenças deverão ser diferenciadas daquelas outras que poderão ser consideradas “provocadas”¹⁵⁸, pelos pais. Nesses casos, não me parece que nada obste a que os pais possam ser responsabilizados a título de responsabilidade civil como qualquer outro Demandante, como serão exemplos claros os comportamentos de risco que a mãe pratique enquanto se encontra grávida, nomeadamente o tabagismo, o consumo de álcool ou drogas¹⁵⁹ ou mesmo a condução negligente ou realização de atividades perigosas das quais resultem danos para o feto.

Está claro que a gravidez é um privilégio da mãe, que se traduz no direito à reprodução. No entanto, não é um direito ilimitado, absoluto¹⁶⁰, com quanto colide com direitos de um terceiro por nascer, o seu futuro filho¹⁶¹. Assim sendo, já durante a gravidez, a mulher deverá ter alguns cuidados de maneira a não vir a provocar ao nascituro que carrega consigo qualquer doença, sobretudo, tendo em conta que a Medicina e os seus profissionais cada vez mais alertam a sociedade para o caráter lesivo de certas condutas da progenitora no desenvolvimento do feto.

Os comportamentos da mãe que se enquadram na sua esfera de liberdade, podem vir a provocar consequências graves no feto por nascer. Como não responsabilizar a mãe, por exemplo, por provocar SAF ao filho por se manter extremamente alcoolizada durante a gravidez, apesar das advertências dos médicos?

¹⁵⁸ Tal expressão não tem como objetivo manifestar qualquer juízo de valor sobre o dolo ou não da conduta que provoca a doença mas tão só ilustrar a diferença entre o que será uma doença originária do feto e o que, pelo contrário, será uma doença que resulta de comportamento de outrem.

¹⁵⁹ Atualmente, encontra-se cientificamente provado que o tabagismo pode, entre outras consequências, provocar nascimentos de crianças abaixo do peso; as drogas, nomeadamente a cocaína, podem provocar anomalias fetais; e o álcool pode mesmo provocar Síndrome de Anomalia Fetal.

¹⁶⁰ Aliás, demonstrando que há limites a esse direito, encontra-se logo o caso de restrição do direito à reprodução aos detidos, nos EP em que não sejam permitidas visitas conjugais. Assim, no caso *E.L.H and P.B.H. v The United Kingdom*, nº 32094/96 e 32568/96 de 22 de Outubro de 1997: um recluso britânico estava detido no momento em que a sua mulher passava por um tratamento de infertilidade cujo resultado dependeria da prática do ato sexual. Foi solicitada uma visita conjugal que foi recusada por ir perturbar a estabilidade do EP. O recluso apelou para a CE, baseando-se nos art.ºs 3º, 8º, 12º e 14º CEDH mas, apesar da recusa de visitas conjugais ter sido considerada uma intromissão na vida privada: essa seria permitida se houvessem motivos válidos, como foram considerados existir; e não haveria uma verdadeira limitação por não lhes estar vedada a procriação por IA.

Para mais desenvolvimentos, vide **RAPOSO**, *Op. Cit.*, p. 665.

¹⁶¹ Numa manifestação do que a doutrina anglo-saxónica considera o dilema entre *the right to have a child vs the rights of the child*.

Reflitamos: um terceiro poderá sempre ser responsabilizado por ato que venha a provocar diretamente o nascimento deficiente de uma criança; ainda, se terceiro totalmente alheio à gravidez, como seja um estranho, agredir mulher grávida e a criança nascer com anomalias, também haverá responsabilidade do agente. Ou seja, nesses casos, um terceiro impede uma criança de nascer saudável.

Portanto, o que estará em causa é que uma criança que nasceria normalmente saudável vê esse desenvolvimento comprometido por uma atitude imprudente e negligente de um terceiro. Se há essa danificação do desenvolvimento da criança, que será censurável, como poderemos considerar que o mesmo raciocínio não se aplique quanto à mãe?

Confesso: a ideia choca. A ideia em abstrato de um filho poder simplesmente perseguir um progenitor judicialmente soa estranha, sobretudo quando o próprio pai lhe deu a vida. No entanto, não choca mais que um indivíduo que não nasceria deficiente, o nasça por comportamento negligente de outrem? Mesmo que da mãe?

Não permitir essa indemnização seria estar a regredir para a ideia de “imunidade parental” que se consagrava nos EUA, até 1963¹⁶². No entanto, com o caso *Goller v White*, essa teoria foi expressamente abolida, salvo algumas exceções, o que não poderia deixar de acontecer, sobretudo tendo em conta a crescente quantidade de casos que se têm verificado de maus tratos de crianças por parte dos pais, nos últimos anos.

Compreendo que não se deverá onerar as mães com responsabilidades a mais, levando-as a recear qualquer comportamento que possa pôr em risco a gravidez, por muito diminuto que seja. No entanto, há comportamentos que, pelo efeito lesivo e pela conduta quase criminosa que apresentam, têm de ser censurados, até porque não haverá qualquer direito da mãe a entrar em conflito com o direito da criança a nascer saudável. De facto, que direito podíamos estar a pôr em causa quanto a querer restringir o seu consumo de cocaína? O direito à liberdade? Pois bem, esse direito, enquanto direito relativo, que poderá ceder no confronto com outros, não se verifica sequer neste caso, uma vez que a mulher não é livre de consumir.

¹⁶² A “doctrine of parental immunity” surgiu em 1891, no caso *Hewellette v George*, no Tribunal do Mississippi. Nesse foi considerado que uma ação posta por um filho contra os pais iria contra a paz social e a ordem pública.

Por isso mesmo, não há qualquer conflito de direitos, sequer. A mãe não tem qualquer direito àquele consumo e, sobretudo, não tem qualquer direito a descurar o cuidado do filho ou a prejudica-lo diretamente.

Os maus tratos infantis também têm feito uma maior aproximação à necessidade de um dever de proteção das crianças por parte do Estado, da sociedade... Mas sobretudo dos pais. Falhando essa proteção devida, “o sentimento de indignação da comunidade faz-se sentir com maior força”¹⁶³ e a mãe deverá poder ser castigada pela via punitiva ou mesmo pela via ressarcitória. De facto, não se deverá esquecer o mantra referido por Vera Raposo: “os pais são para os filhos, não os filhos para os pais”¹⁶⁴.

Mas não é só o espírito do Direito que exige este entendimento – a própria RC permite-o e corrobora-o. Isto porque: de facto, há um comportamento da mãe, *p.e.*, o de consumir drogas durante a gravidez; aqui, a ilicitude, como ressalvado, é fácil de aferir: há a violação de um “direito a nascer saudável” da criança que é violado pelo comportamento da mãe¹⁶⁵. Esse comportamento é culposos, pelo art.º 487º/2 CC e há, efetivamente, um dano: o nascimento com deficiência, deficiência essa que, claramente, poderia não existir. E o estabelecimento do nexo entre o nascimento com a deficiência e o alcoolismo da mãe é facilmente comprovável, tendo em conta os vários alertas e conhecimentos médicos que permitem estabelecê-lo¹⁶⁶.

Assim sendo, como não dar a possibilidade a uma pessoa de reagir contra outra, por lesão grave da sua integridade física e direitos subjetivos seus só porque a lesão se deu por um progenitor? Isso não seria desacreditar todos os avanços que agora, mais que nunca, buscam proteger os filhos, nomeadamente contra os maus tratos dos pais?¹⁶⁷

¹⁶³ DIAS, *Op. Cit.*

¹⁶⁴ *Idem*, p. 670.

¹⁶⁵ As críticas que foram feitas a tal direito em sede de ação contra o médico, nas *wrongful life actions* em sentido estrito não se verificam aqui. A tónica estará no facto de, nos casos de omissão do médico, há uma doença congénita, ou seja, o próprio Destino tinha impedido aquela pessoa de alguma vez nascer sem qualquer deficiência. No entanto, no caso que se verifica com a mãe, aquela criança poderia e, na maior parte dos casos, *teria* nascido sem qualquer anomalia. Porquanto teria a possibilidade de nascer saudável e teria mesmo esse direito. A frustração desse é censurável e considerada um ilícito perante aquela criança, independentemente de ser por comportamento da progenitora, nos mesmos termos em que seria censurável comportamento com resultado idêntico por parte de terceiro.

¹⁶⁶ Para sumariação do preenchimento dos pressupostos de RC contra a mãe pelos seus comportamentos de risco de que resulte lesão do nascituro, *vide* Apêndice F.

¹⁶⁷ Esta ideia de responsabilização sobretudo da progenitora pelas lesões no seu nascituro por comportamentos de risco já se encontra até devidamente consagrada no Congenital Disabilities Act 1976 Inglês: na Section 2 é previsto que a mulher grávida terá o mesmo dever de cuidado para com o filho por

Finalmente, considero importante que não se extrapole do fim da “imunidade parental” e da responsabilidade aqui defendida qualquer “oneração parental” relativamente às condições de vida dos filhos. De facto, concordo que os pais já não estão imunes a ser responsabilizados pelos filhos pelos seus comportamentos que lhes provoquem danos... À integridade física e moral. No entanto, não se poderá daí concluir que os pais poderão ser responsabilizados por tudo o que lhes aconteça na vida, onerando os pais com responsabilidades como: só poderem ter filhos se forem ricos ou se forem casados. Quero com isto dizer que os filhos não poderão nunca ver reconhecida pretensão de *wrongful life* baseada em terem nascido em condições sociais desfavoráveis, como sejam nascer em família pobre, nascerem bastardos ou nascerem com traços físicos que não consideram belos. As questões de *wrongful life* limitam-se a questões de saúde, danos que resultem da violação dessa, de alguma forma, nas condições que temos vindo a admitir e deverão ser tratadas com cuidado e de forma relativamente restrita. Imagine-se quão absurdo seria uma filha vir intentar em tribunal ação contra os pais por ter nascido com os olhos castanhos do pai quando gostava mais dos olhos azuis da mãe e, como tal, viver com o “dano de se considerar feia”¹⁶⁸!

Feita esta ressalva, claro está que me parece totalmente inconcebível que o caso pioneiro de *wrongful life*, *Zepeda v Zepeda*, fosse considerado procedente. Não há qualquer direito de um filho contra o pai a exigir nascer em condições sociais melhores ou piores do que gostaria. De facto, independentemente de se poder considerar que a criança vive com problemas agravados pela condição em que nasce¹⁶⁹, tal não será um dano a valorar por RC. Se assim fosse, cairíamos mesmo no ridículo de dever haver um

nascer que teria para com as outras pessoas, ao conduzir veículo motorizado; na violação desse dever, ao praticar atividade de risco, poderá ser responsável perante o filho por nascer.

¹⁶⁸ A preocupação com a extensão deste tipo de pretensões encontra-se logo em *Zepeda v Zepeda*: “One might seek damages for being born of a certain color, another because of race; one for being born with a hereditary disease, another for inheriting unfortunate family characteristics; one for being born into a large and destitute family, another because a parent has an unsavory reputation”.

¹⁶⁹ De facto, no caso em apreço, pela data em que a ação é intentada, verificavam-se mesmo danos da criança por ter nascido bastardo e o tribunal americano em altura nenhuma os ignora. Aliás: The injury is not as tangible as a physical defect but it is as real. This is acknowledged by the State itself. The statutory provisions that a child's illegitimacy must be suppressed, in certain public records, is an admission of the hardship that can be caused by its disclosure. How often during his life does an illegitimate try to conceal his parentage and how often does he wince in shame when it is revealed? (...) This, however, is but one phase, one manifestation of the basic injury, which is in being born and remaining an illegitimate. An illegitimate's very birth places him under a disability”.

No entanto, apesar dos danos concretos que o tribunal até considera verificados, conclui: “We have decided to affirm the dismissal of the complaint. We do this, despite our designation of the wrong committed herein as a tort, because of our belief that lawmaking, while inherent in the judicial process, should not be indulged in where the result could be as sweeping as here”.

rendimento mínimo dos casais para poderem decidir procriar, para que nenhuma criança, mais tarde, pudesse intentar ação por nascer em família pobre, o que, no limite, sempre seria uma invasão do direito à maternidade e a procriação.

Em suma, algumas conclusões se deverão reter, na ânsia de que a objeção por risco de *slippery slop* fique resolvida:

- a) Os progenitores de uma criança nunca deverão poder ser demandados pelo filho nos casos de deficiência congénita; eles serão livres de decidir prosseguir com a gravidez independentemente do feto padecer de doença originária ou não;
- b) Não obstante, os progenitores não estão protegidos por qualquer tipo de imunidade, podendo ser responsabilizados no caso de doenças não originárias ou “provocadas” por qualquer comportamento deles;
- c) Nesse seguimento, pela proximidade física inevitável que a mãe tem do nascituro, uma vez que ele se encontra no seu útero, os comportamentos de risco que ela tenha serão suscetíveis de criar uma obrigação de indemnizar a criança que possa vir a ver o seu “direito a nascer são” comprometido, ao nascer onerada com uma deficiência que não decorreria sem o comportamento de risco da mãe;
- d) Não haver imunidade dos progenitores, no entanto, não significa uma possibilidade de os onerar com responsabilidade pelas condições sociais ou características físicas com que a criança nasce, não se podendo limitar a liberdade reprodutiva de um casal com base no eventual descontentamento de criança pelas suas condições de vida.

10. Responsabilidade única do médico?

Apurada a responsabilidade civil do médico nas ações ora em apreço, parece-me relevante questionarmo-nos sobre se a obrigação de indemnização recairá somente sobre ele ou se poderá ainda pertencer também ao Hospital em que esteja inserido.

É certo que o regime aplicável às relações Hospital-utentes não é igual consoante tratemos de uma Instituição Pública de Saúde pertencente ao SNS ou Hospital Privado. Por um lado, as clínicas privadas são julgadas nos tribunais judiciais, com a aplicação das normas dos art.ºs 1154º e ss. CC. Por outro lado, de forma quase consensual, a doutrina tende a aplicar aos Hospitais Públicos a Lei nº 67/2007, de 31 de Dezembro, relativa à responsabilidade extracontratual do Estado e demais pessoas coletivas públicas, por se considerar que a medicina nesses estabelecimentos é um ato de “gestão pública”.

Primeiramente, quanto aos Hospitais privados, a responsabilidade é repartida de maneira diferente segundo dois critérios: o tipo de contrato que exista entre o Hospital e o médico, ou seja, variando o regime consoante o médico seja assalariado ou um prestador de serviços; e o contrato celebrado com o paciente, consoante esse tenha contratado com o médico ou com o Hospital.

Portanto, nos casos em que o paciente contrate com o Hospital quer a prestação de serviços médicos como de outras prestações a esses complementares, – com a celebração de um contrato total – o estabelecimento de saúde responderá pelos atos de todo o seu pessoal, na esteira do art.º 800º CC. Apesar de se encontrar doutrina que considera que o médico, por seu lugar, seria responsabilizado extracontratualmente, parece-me mais certa a posição de Vera Raposo¹⁷⁰, ao considerar que também o médico deverá ser responsabilizado contratualmente, se for funcionário da instituição ou mesmo quando, simplesmente, faça uso dessa para prestar serviços, sendo abrangido pelo contrato celebrado entre o Hospital e o paciente¹⁷¹. Ou seja, o Hospital sempre

¹⁷⁰ **RAPOSO**, *Op. Cit.*, p. 195.

¹⁷¹ Também o TRL, a 22 de Outubro 2015 já teve a oportunidade de se pronunciar igualmente no sentido de o médico de clínica privada ser contratualmente responsável perante o paciente independentemente da celebração de CPS escrito.

seria prioritariamente responsável contratualmente para com o paciente, podendo depois exercer o seu direito de regresso perante o médico, desde que preenchidos os pressupostos para tal.

Já no caso de se celebrar um contrato dividido, em que o paciente contrata com o médico diretamente a prestação de serviços médicos mas, cumulativamente, celebra contrato para serviços complementares com o Hospital, já se terá de verificar que obrigações foram violadas e no âmbito de que responsabilidade essas se inseriam. Como tal, o Hospital será unicamente responsável pelas violações de prestação de serviços complementares e o médico unicamente pelas prestações de serviços médicos propriamente ditos.

Já no caso de estabelecimentos de saúde pertencentes ao SNS, uma vez que tratamos de atos de gestão pública, caberá logo ao Estado indemnizar os lesados (art.º 22º CRP). Mas a ação será interposta contra o próprio estabelecimento de saúde, que tem personalidade e património próprios e que será sempre responsável, relevando a graduação da culpa unicamente para se responsabilizar também o agente-médico, como

O caso era relativamente simples: uma senhora dirige-se a uma clínica dentária por causa de uma dor de dentes, sendo-lhe atribuído o Dr. X enquanto dentista. Esse, em consulta com a utente, diagnosticou que ela teria de arrancar a raiz e foi-lhe marcada data para a cirurgia. No entanto, na sequência da realização da mesma, a paciente teve complicações graves que lhe originaram mais dores e complicações.

A Autora só interpôs ação por responsabilidade civil 5 anos depois deste facto, razão pela qual o Dr. X vem tentar defender-se por prescrição da sua obrigação de indemnizar, alegando que a sua responsabilidade seria meramente extracontratual, com término de prazo decorridos 3 anos, conforme regra do art.º 498º CC.

Apesar de a sua defesa proceder em 1ª instância, em apelação para o TRL a posição jurisprudencial é invertida. Alegava o Dr. X que a responsabilidade contratual seria meramente da clínica dentária, uma vez que tinha sido com ela que a utente tinha celebrado um CPS, não tendo havido liberdade de escolha da paciente quanto a ele ser seu médico (tal escolha tinha sido aleatória e da própria clínica) e o pagamento tinha sido feito à Instituição e não a ele. Portanto, a clínica seria obrigacionalmente responsável.

Ainda, o Dr. considerava que não seria responsável contratualmente porque não haveria qualquer contrato celebrado entre ele e a utente. Por precaução, se o seu comportamento pudesse consubstanciar responsabilidade contratual, a prescrever em 20 anos, sempre se originaria a aplicação do art.º 800º CC, levando a que, mais uma vez, fosse a clínica a responsável por ter assumido uma obrigação para a qual o tinha usado, sendo responsável pelos seus atos enquanto seu auxiliar.

Nada se opõe a esta última ressalva sobre o art.º 800º. De facto, o próprio TRL reforça que a clínica seria responsável pelos atos dos seus auxiliares, em caso de responsabilidade dos mesmos. No entanto, em posição não totalmente pacífica na jurisprudência, os Desembargadores vêm considerar que haveria mesmo um CPS celebrado entre a utente e o Dr. X, não tendo esse de ser deduzido a escrito mas podendo mesmo ser consensual, como teria sido o caso. Assim, a partir da altura em que tinha sido acordada uma prestação de serviços entre o médico e a utente de realizar o tratamento em que lhe arrancava a raiz, tinha sido celebrado um CPS verbal que originaria responsabilidade contratual, nos termos dos art.ºs 798º ss CC.

Nesse sentido, o TRL vem considerar que a responsabilidade quer do Dr. X como da sua Seguradora não teriam prescrito aquando da propositura da ação, só o fazendo passados os 20 anos do art.º 309º CC, numa posição mais onerosa para os médicos de clínica privada mas que, claramente, beneficia os pacientes-lesados.

demonstram as regras da Lei nº 67/2007. Algumas das normas previstas nessa Lei têm especial relevância para esta abordagem:

Primeiramente, no seu art.º 1º/3 e 4, consegue-se logo abranger os médicos enquanto trabalhadores ou funcionários na pessoa coletiva do Hospital Público. Assim sendo, as disposições da presente lei aplicam-se-lhes, tendo especial relevo para a nossa questão a Parte referente à responsabilidade por prática de factos ilícitos.

Assim sendo, no Capítulo II da Lei, prescrevem-se dois tipos de responsabilidade dos Hospitais Públicos: responsabilidade exclusiva desses; ou solidária com os profissionais da Instituição.

Pelo art.º 7º, responderá exclusivamente pelo facto ilícito o Hospital, nos casos de atos ou omissões com culpa *leve* do médico, *no exercício da sua função e por causa desse exercício*¹⁷². Ainda, será exclusivamente responsável por danos resultantes de funcionamento anormal do serviço¹⁷³.

Não obstante essa responsabilidade já muito onerosa da entidade pública, essa será ainda responsável solidariamente com o médico nos casos em que esse tenha agido com dolo ou com culpa *grave*¹⁷⁴ e quando tais comportamentos tenham sido praticados no exercício das suas funções e por causa dessas. No entanto, ao contrário da responsabilidade anterior, aqui haverá um direito de regresso do Hospital sobre o médico.

A culpa a atender precisamente para graduar a responsabilidade do médico e, conseqüentemente, do Hospital, encontra-se explicitada no art.º 10º, numa formulação muito semelhante à do art.º 487º CC, devendo apreciar-se pela diligência e aptidão razoável a exigir a um agente zeloso e cumpridor, com base nas circunstâncias de cada caso. A culpa leve será presumida sempre que se verifiquem factos jurídicos ilícitos¹⁷⁵ e sempre que houver o incumprimento de deveres de vigilância, não obstante dever provar-se, quando tal se verifique, que houve dolo ou culpa grave.

¹⁷² O que, claramente, exonera totalmente o Hospital dos atos praticados pelo médico fora das suas funções, com responsabilidade única desse.

¹⁷³ Haverá “funcionamento anormal do serviço” quando, com base nas circunstâncias e padrões médios de resultado, se pudesse exigir razoavelmente ao serviço uma atuação que não teria provocado aqueles danos (art.º 7º/4 Lei nº 67/2007).

¹⁷⁴ Art.º 8º da referida Lei.

¹⁷⁵ Ilícitude essa prevista no art.º 9º.

Nas ações de “vida indevida”, regra geral, não considero que haja dolo. Como já referi vezes a mais, não me parece que os médicos tenham qualquer intenção direta de provocar danos aos pacientes, menos ainda deste género, em que fariam nascer uma criança deficiente por preterição de deveres de informação, de propósito.

No entanto, consoante os casos, será de averiguar se tratamos ou não de um caso de culpa grave. Por certo haverá negligência médica mas quer-me parecer que já será grosseira e traduzindo mesmo culpa grave nos casos referidos na nossa jurisprudência em que, apesar de não haver quaisquer membros da criança que vem a nascer, os médicos os indicam aos pais. Como será aceitável que um profissional da medicina cometa uma falha tão grande como visualiza em ecografia membros *que não existem*? Assumo que cada caso será um caso e, como tal, a culpa deverá ser apurada casuisticamente mas, das situações que consigo imaginar para estas ações, a maioria parecem-me de culpa grave.

A título de exemplo ainda para sustentar o que escrevo, imaginemos o facto também de médico que sabia que a doente já tinha tido doenças ou utilizado medicamento que poderiam prejudicar a gravidez e, mesmo assim, pretere DPN: como é que um médico poderá ser tão negligente ao ponto de não prescrever DPN a uma mulher que reconhece ser de uma categoria de risco?

Nesses casos, então, seria de considerar que o Hospital seria responsável solidariamente com o médico mas com direito de regresso sobre ele. O que, na realidade, mais uma vez, faria recair toda a responsabilidade sobre o médico, quer tivesse de o pagar logo integralmente ao utente-lesado ou, pelo contrário, fracionadamente, primeiro ao utente e depois, por direito de regresso, ao Hospital.

Ou seja, apesar de podermos ter situações em que o Hospital poderá ter de indemnizar os utentes por condutas dos seus trabalhadores, a verdade é que, nas ações que estudamos, a obrigação de indemnizar acaba quase sempre por ser dos médicos isoladamente, nem que seja por terem de pagar, em segundo momento, através de direito de regresso do Hospital.

Assim sendo, não é como se a inserção num Hospital Público possa verdadeiramente atenuar a responsabilidade do médico e, sobretudo, cobrir, em parte pelo menos, os custos que a obrigação de indemnizar lhe vão trazer.

Portanto, o nosso estudo não está ainda concluído. A haver responsabilidade do médico – que já vincámos que deverá sempre haver – mas também a haver necessidade de atenuar os prejuízos que a obrigação de indemnizar lhe trazem (uma vez que compreendemos as dificuldades do exercício da Medicina no nosso SNS) como poderemos arranjar uma solução compaginável com os interesses de ambas as partes – médico e utente (aqui sendo este último uma criança deficiente)?

11. Contrato de Seguro

Chegados a este ponto, quer-me parecer que não restam dúvidas quanto à necessidade de se declarar um pedido de indemnização por “vida indevida” procedente. De facto, houve um comportamento ilícito e culposo do médico no exercício da sua atividade que deverá ser sancionado, na medida em que deverá compensar a criança pelos danos que – mesmo indiretamente – provocou.

Claro está que não esquecemos as consequências que esta tomada de posição tem, no mundo fático. Aliás, aprendemos mesmo com o exemplo dos nossos vizinhos Franceses: assim que apareceu uma decisão pioneira a ressarcir uma criança por “vida indevida”, as manifestações e revoltas dos profissionais médicos foram mais que muitas; muitas greves se sucederam e, sobretudo, surgiram apelos para promulgar uma Lei que regulamentasse concretamente a responsabilidade médica nos casos em apreço, por uma questão de segurança jurídica do profissional.

Ainda recentemente, há objeções no sentido de que esta responsabilização do médico estaria a motivar uma prática defensiva da medicina, ao onerar os médicos com tão grande responsabilidade que eles se veriam obrigados a prestar mais informação do que deviam ou mesmo a onerar a sua atividade de cuidados desnecessários e até contraproducentes.

Este último argumento não me parece plausível de todo. A boa prática médica deverá ser desenvolvida com base nas *leges artis* que todos os médicos conhecem, pela formação que têm. Portanto, sendo que o que se censura nestas ações é a violação dessa prática clínica que, objetivamente, já deveria ser cumprida e que não é adicional à responsabilidade médica, não percebo como tal argumentação poderia proceder.

No entanto, compreendo as falhas que o nosso SNS tem. E, mais que tudo, compreendo que os médicos em altura nenhuma planeiam fazer mal aos seus pacientes. Aliás, como comecei por reforçar, a maior parte das vezes em que os médicos são responsabilizados é a título de negligência, o que demonstra que não têm o dolo de provocar qualquer dano aos doentes.

Mais: a prática médica é uma atividade altruísta – ou deverá ser – e baseada no interesse dos pacientes, procurando as melhores soluções para eles. Como tal, apesar de reforçar o quão censurável é a negligência do médico ao potenciar danos como os de “vida indevida”, sei que o cansaço, sobretudo, e os eventos externos da vida de qualquer profissional, lhe permitem falhar. E isso não quer dizer que tenham de ser violentamente castigados, com o pagamento do próprio bolso, na prática, de indemnizações tamanhas, como serão os casos das indemnizações de “vida indevida”, sobretudo se cumuladas ainda com indemnizações por “nascimento indevido”.

A Medicina é uma atividade de risco. Desde que se começa a exercer, de manhã à noite, durante anos ou por meses, o médico corre muitos riscos na sua atividade profissional que o tornam passível de ser responsabilizado civilmente. Como é que se poderá responsabilizar teoricamente o médico e defendê-lo igualmente desse risco, sem deixar de indemnizar a criança e os pais pelos danos que a sua conduta gerou?

Precisamente pela área do Direito que tenta neutralizar os riscos, ou seja, o Direito dos Seguros¹⁷⁶. Neste sentido, a Lei do Contrato de Seguro, no seu art.º 1º, faz logo menção ao “risco” enquanto elemento obrigatório para a existência de um contrato de seguros. Como tal, o “risco”, baseado no conceito romano de *alea*, reflete uma incerteza de eventos futuros mas unicamente na sua vertente negativa, na possibilidade de ocorrência de um mal¹⁷⁷. Aliás, nas palavras de Menezes Cordeiro: “Risco pode (...) ser definido como a probabilidade de diminuição, numa situação previamente considerada”¹⁷⁸.

¹⁷⁶ Notemos, desde já, que as considerações que a partir daqui estabelecemos serão relevantes para os médicos que trabalhem em Hospitais Públicos.

De facto, no que toca às clínicas privadas, a tendência será para que já exista um seguro quer para os médicos como para os próprios Hospitais. Aliás, da leitura da Portaria nº 136-B/2014 que estabelece os requisitos mínimos relativos à organização e funcionamento para o exercício da atividade das clínicas e dos consultórios médicos, conseguimos logo extrair o dever, quer dos Hospitais particulares como dos próprios profissionais que lá trabalham de contratar um seguro de responsabilidade civil e profissional “que cubra os riscos inerentes à respetiva atividade” (art.º 5º da referida Portaria).

Assim sendo, os médicos que trabalhem em clínicas privadas ou consultórios médicos, regra geral, já encontrarão o risco da sua atividade relativamente coberto pela solução que aqui encontramos.

A questão muda de figura, no entanto, quando tratamos de Hospitais Públicos, uma vez que será recorrente que os mesmos nem tenham seguro que cubra os riscos das atividades dos seus profissionais.

¹⁷⁷ O conceito de *alea*, em sentido genérico, no Direito Romano, exprime a ideia da eventualidade de um acontecimento incerto, uma margem para flutuação nos eventos futuros.

¹⁷⁸ **CORDEIRO**, A. M., *Direito dos Seguros*, Reimpressão da 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2017, p. 539;

O mesmo Autor ainda foca uma questão que me parece de particular interesse: o risco que o contrato de seguro cobre poderá ser mesmo um evento feliz, desde que traga despesas logicamente desfavoráveis. Esta ideia parece-me bastante exemplificativa do caso em apreço, uma vez que uma das críticas que se faz à indemnização das ações de “nascimento” e “vida indevida” é o facto de se estar a considerar um evento positivo, como deverá ser o nascimento da criança, um dano. No entanto, o que se faz nessas ações é, independentemente do evento feliz que até poderá ser o nascimento de uma criança, – mesmo que deficiente – indemniza-la e aos pais pela precisa condição em que nasce, que acarreta despesas desfavoráveis, a serem compensadas por indemnização (que por esta lógica deverá mesmo ser coberta por contrato de seguro médico). Mas não nos adiantemos.

Na esteira do que aqui nos ocupa, notemos que a LCS prevê seguros de responsabilidade civil, a partir do seu art.º 137º. Esses contratos comprometem o Segurador a cobrir o risco da constituição de uma obrigação de indemnizar terceiros, na esfera do Segurado, a troco do pagamento de um prémio. Ou seja, sempre que o Segurado tivesse de pagar uma indemnização por comportamento de que resultasse responsabilidade civil, o Segurador cobriria esse risco, pagando a devida indemnização, consoante as cláusulas do contrato.

Os seguros de responsabilidade civil profissional podem ser obrigatórios ou não, consoante a lei os exija ou deixe a celebração à vontade das partes. Nesse sentido, o legislador enumera, quer na própria LCS, quer em diplomas avulsos, uma série de profissões que se encontram obrigadas a celebrar um contrato de seguro para cobrir o risco da sua atividade, como será o caso, *p.e.*, dos notários, advogados e solicitadores. Apesar da semelhança que o risco da atividade médica me parece ter, em termos teóricos, com o risco da advocacia, não há qualquer obrigatoriedade de celebração de contrato de seguro pelos médicos para cobrir os riscos da sua atividade¹⁷⁹. No entanto,

¹⁷⁹ O Estatuto da Ordem dos Médicos, à semelhança do Estatuto da Ordem dos Advogados, estabelece a necessidade de um seguro profissional e de acidentes para os estagiários médicos (art.º 107º/6 EOM) durante o estágio, que deverá ser contratado pelos próprios ou pela entidade recetora, no art.º 197º/5/a) e b).

Já ao contrário do que foi regido no EOA no art.º 104º, não há qualquer obrigação ou sequer sugestão de celebração de contrato de seguro pelos médicos inscritos e a exercer a profissão. Parece-me uma lacuna inexplicável, na medida em que os riscos que o profissional médico corre findo o estágio até serão maiores do que aqueles em que poderia incorrer enquanto estagiário.

como refere Romano Martinez, “é frequente e corresponde à boa prática o ajuste de seguros facultativos de responsabilidade civil profissional”¹⁸⁰.

A expressão do Autor é suscetível de crítica, na primeira parte, até pelo próprio. De facto, corresponderá à boa prática a celebração de contratos de seguro mas a frequência da celebração dos mesmos já é muito mais relativa. Na análise do próprio Autor, a frequência é maior no que toca à realização de contrato pelos médicos singularmente e já não pelos Hospitais, sendo que só 7,5% dos hospitais têm seguros profissionais, segundo estudo pela IGAS¹⁸¹.

Desde logo, nos EUA, houve já quem defendesse que não deveria haver qualquer contrato de seguro profissional dos médicos porque impulsionaria uma série de fraudes de sinistros com vista a obter indemnizações. Parece-me um absurdo, até porque o objetivo de tal seguro não será cobrir os sinistros mas sim proteger o profissional e o seu património de erros que, de facto, têm vindo a aumentar nos últimos anos. Apesar de parecer estranho tentar liberar a responsabilidade médica quando até se possuem, atualmente, melhores equipamentos e tecnologias para desenvolver a Medicina, não podemos esquecer-nos que, pelo menos no nosso país, os médicos acabam por ter horários muito sobrecarregados, trabalham em vários hospitais e em condições que não serão as mais aconselháveis.

Não me parece, portanto, de todo possível contestar contra a possibilidade dos profissionais médicos celebrarem seguros, porque lhes permitirá exercer a sua atividade de forma mais “tranquila”.

¹⁸⁰ **MARTINEZ, P. R.**, *Responsabilidade Civil por acto ou omissão do médico – Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional in: Estudos em homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, p. 484.

¹⁸¹ Ilustrativo dessa falha foi o caso de 2009 em que foram usadas seringas infetadas com cancro nos olhos de pacientes, no Hospital de Santa Maria, mas a Instituição revelou não ter seguro a que repercutir o pagamento da obrigação de indemnizar.

Nessa altura, o Bastonário da Ordem dos Médicos, Pedro Nunes, afirmou que seria irrelevante a existência ou não de seguro dos Hospitais Públicos, uma vez que o relevante será que as Instituições sejam capazes de suportar os seus próprios encargos, nomeadamente a obrigação de indemnizar todos os doentes.

Nesse seguimento, a OM incluiu um seguro de responsabilidade civil para todos os médicos. No entanto, o mesmo tinha uma cobertura muito baixa, somente de 30 000€, com o limite máximo de cobertura de 15 000€ por caso e com os outros 15 000€ para cobrir despesas judiciais. Naturalmente, pela baixa cobertura desse seguro, sempre foi igualmente aconselhável que cada profissional celebrasse um contrato de seguro próprio.

Certo é que há a possibilidade sempre da celebração do contrato de seguro, facultativamente. Aliás, as mais variadas seguradoras do país, mais ou menos conhecidas, preveem a hipótese de existência desses seguros. Mas, reitero, falamos apenas de seguros facultativos.

A diferença entre os seguros obrigatórios e facultativos não é tão simples como primeiramente parece, não se distinguindo só pela exigência ou não da sua celebração por lei. Enquanto que ambos se regem pelos dispositivos dos art.ºs 134º a 142º LCS, na realidade, há algumas diferenças de regime, visíveis logo pelas disposições especiais dos seguros obrigatórios, a partir do art.º 143º.

Como mais relevante, no regime dos contratos de seguro obrigatórios, há a possibilidade de o lesado dirigir o pedido de indemnização civil ao segurador, diretamente, lançando mão à chamada “ação direta”. Ainda, o lesado será pago com a exclusão dos demais credores do segurado.

Esta especificidade, prevista no art.º 143º, é claramente uma forma de tentar tutelar e proteger os interesses do lesado, parecendo-me mais um motivo para se moverem avanços legislativos no sentido de criar a obrigatoriedade do seguro para os profissionais médicos. Isto porque, desta forma, se viria acautelar os interesses dos lesados (os pacientes), tranquilizando a profissão do médico.

Precisamente por não haver esta previsão de seguro obrigatório mas tão só facultativo, na responsabilidade médica, a possibilidade de o lesado demandar diretamente a Seguradora não existe, o que quereria dizer que só poderia demandar o médico. Isso não obstava a que o médico condenado a pagar a indemnização pudesse, depois, ir reclamar o pagamento à Seguradora mas tal traria muitas mais burocracias, que seriam evitadas com a existência de seguro obrigatório.

Se se viriam a simular sinistros e fraudes por existência de uma Seguradora para os cobrir? Parece-me que não se atentarmos à necessidade de, primeiramente, se estabelecer quais os riscos cobertos pelo contrato de seguro.

Assim, a haver contrato de seguro de responsabilidade civil pelos médicos, algumas acuidades deverão ser feitas: os riscos cobertos pelo seguro deverão ser todos

aqueles que advenham da prática da atividade médica. No entanto, há exclusões a ser feitas, para não cair nas objeções anteriormente referidas:

Primeiramente, no que toca a atos dolosos praticados pelo médico ou recusa de prestação de socorros, não poderá haver qualquer cobertura de riscos. Tal formulação nem deveria precisar de ser formulada, uma vez que decorreria logo da ordem pública.

Mais concretamente, já para evitar possíveis fraudes do seguro de responsabilidade civil e profissional do médico, Moitinho de Almeida¹⁸² notava já em 1972 que se deveria excluir a responsabilidade por danos causados a certos parentes próximos do médico. A não exclusão desses danos tornaria o seguro profissional num seguro de danos próprios do segurado, favorecendo a fraude. Assim, no caso, *p.e.*, de ferida a parente próximo seu, o médico poderia vir a alegar negligência própria para conseguir acionar o seguro e conseguir uma indemnização.

Na esteira ainda de Moitinho de Almeida, também não posso concordar com a exclusão que se costumava fazer à cobertura de danos morais. Atualmente, mais ainda do que em 1972, a atribuição de indemnizações por danos não patrimoniais é cada vez mais recorrente, o que leva a que não faça sentido que o médico contrate um seguro para ver frustrada a cobertura da maior parte da indemnização.

Com quanto fica dito, quer-me parecer que deveria promover-se uma iniciativa legislativa que não só, como a Portaria, aconselhasse a subscrição de contrato de seguro pelos médicos – independentemente dos Hospitais – como os tornasse obrigatórios para o regular exercício da profissão, numa proteção quer dos médicos como dos lesados. Esta solução, apesar de muito apazível para as ações aqui estudadas, teria igualmente vantagens para todo o exercício da atividade médica. Para esse efeito, aconselhava a adição, no EOM de uma disposição semelhante àquela inscrita no art.º 104º EOA.

¹⁸² ALMEIDA, C. M., *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro in: Scientia Iuridica*, Tomo XXI, Braga, 1972, pp. 327-355.

12. E uma Lei?

Ora, parecendo-me premente que o legislador se debruce na realização de uma lei para os casos em apreço, não poderei deixar de elaborar algumas sugestões.

Primeiramente, não me parece que uma matéria deste género possa ser aditada a qualquer lei já existente: por um lado, ao contrário da *Loi Anti-Perruche*, não fará qualquer sentido aditar disposições sobre as questões de “vida indevida” na lei relativa aos direitos das pessoas deficientes ou diploma semelhante uma vez que se coloca a questão no âmbito das obrigações da Segurança Social, não lhe dando a autonomia necessária e sobretudo a correta sistematização no instituto da responsabilidade civil; por outro lado, desconheço qualquer lei de responsabilidade civil médica a que a questão bem se adaptasse.

Como tal, parece-me que a solução sempre começaria por ser a promulgação de diploma avulso não só sobre indemnizações de crianças por “vida indevida” mas sim uma lei ampla que tratasse o regime jurídico da responsabilidade civil por danos pré-natais.

Vejo, desde logo, algumas vantagens em formular um diploma com esta amplitude: por um lado, mais do que esclarecer um só tipo de indemnizações, viria consensualizar o tratamento de uma série de reparações por responsabilidade civil, todas referentes a um mesmo dano comum: o dano sofrido por nascituro ainda antes do seu nascimento. Desta forma, em primeiro lugar, logo se acabaria com as discussões sobre a possibilidade de um nascituro ter direitos independentemente da existência contemporânea da sua personalidade e da lesão.

Ainda, seria um diploma mais completo, a acabar com as várias dúvidas que levantam, juridicamente, os avanços da medicina, o tratamento dos nascituros e a responsabilidade sobretudo por deveres de cuidado, mais ou menos agravados, para com uma pessoa em desenvolvimento, mesmo que ainda *in útero*.

Ora, ampliando o diploma desta forma, sugeriria que o mesmo começasse, para além de indicar o seu objeto, de definir também alguns conceitos a ser utilizados ao

longo do texto, suscetíveis de confusões, nomeadamente os conceitos de “profissional médico”, “nascimento” ou “diagnóstico pré-natal”.

No seguimento ainda do tratamento mais lexical da questão, considero imperativo que, em altura nenhuma, se refiram as expressões “conceção”, “nascimento” ou “vida indevida” pela repulsa que, desde logo, as fórmulas vão despertar¹⁸³. A opção passaria ou por arranjar um nome mais adequado e menos repulsivo para as ações – o que confesso que me parece desnecessário e que até poderia mesmo acabar com a coerência da análise da questão, por exemplo, em termos comparados – ou precisamente por as explicar simplesmente e abstratamente, sem qualquer nomeação concreta¹⁸⁴.

Ainda, neste sentido, será de evitar tanto quanto possível qualquer menção que possa soar discriminatória ou que possa soar como qualquer juízo de valor sobre a vida da criança deficiente. Como tal, será sempre de evitar qualquer confusão entre o dano-vida (que não poderá nunca ser subscrito¹⁸⁵) e o dano decorrente da não preparação dos pais para receber uma criança em condições especiais, falando-se sim dos danos da sua deficiência.

Feitas estas ressalvas mais gramaticais a que deverá atender uma lei com tema tão sensível subjacente, formalmente, considero que ela deverá estar dividida por secções consoante os agentes sujeitos a responsabilidade.

¹⁸³ Já tive oportunidade de me expressar sobre a irrelevância que atribuo à nomenclatura das ações, considerando que se deverá muito mais atender ao seu conteúdo do que ao nome que, por acasos infelizes, lhes foi atribuído. No entanto, não me passa despercebido que, a haver promulgação de uma lei, a leitura dessa não é feita somente por juristas e pessoas com o conhecimento necessário de Direito para a entender. Tenho completa noção do alarido que despertaria, na comunicação social, a elaboração de lei que usasse tais expressões, prevendo já que se perderia o foco do que mais importa, sendo isso o conteúdo da lei.

Aliás, o problema não decorreria só da análise da lei por pessoas leigas em Direito mas ainda, tendo em conta a “novidade” que o tema ainda é, mas também da análise por muitos juristas que, desinformados, aproveitariam logo tais expressões para criticar o diploma com as tradicionais objeções de discriminação das pessoas com deficiências.

¹⁸⁴ Quero com isto dizer que, em vez de elaborar dispositivo que diga:

“O profissional médico que, com dolo ou mera culpa, provocar dano de “nascimento indevido” a progenitores está obrigado a indemnizá-lo pelos danos das lesões”;

Deveria optar-se por expor a situação de “nascimento indevido” sem mencionar tal expressão. Assim, sugeriria algo como:

“O profissional médico que, com dolo ou mera culpa, preterir deveres de informação que obstem ao exercício de consentimento informado para prossecução de gravidez, fica obrigado a indemnizar os pais da criança que venha a nascer deficiente por todos os danos resultantes desse nascimento”.

¹⁸⁵ Terei de considerar por tudo o que fica dito em sede do pressuposto do dano destas ações que qualquer menção suscetível de considerar a vida da criança como dano deverá originar inconstitucionalidade material da lei.

Numa primeira parte, considero indispensável legislar sobre a responsabilidade civil decorrente de danos pré-natais, em sentido amplo. Assim sendo, arranjará um primeiro dispositivo que tratasse da responsabilidade civil geral, ou seja, a responsabilidade de qualquer pessoa, independentemente da sua condição, na eventualidade de provocar danos pré-natais a nascituro, nomeadamente nos casos em que, de comportamento lesivo contra mulher grávida resultam danos para o seu feto. Uma regra geral desse teor viria, em traços muito amplos, responsabilizar qualquer agente por ato ou omissão, com culpa ou negligência, contra mulher grávida não só pelos danos próprios dessa mas ainda pelos danos ocorridos no nascituro que, considero, poderiam mesmo vir a ser, mais tarde, invocados por ele, a título próprio.

Num capítulo mais generalista como seria este primeiro, considero que várias achegas se poderiam fazer, nomeadamente os termos em que se apuraria a culpa ou o ilícito ou ainda questões de legitimidade processual para intentar a ação.

Já numa segunda secção da lei, considero que se deveria especificar a responsabilidade civil médica nos casos de lesões pré-natais, individualizando uma secção somente para esses profissionais. Dessa forma, considero que seria até mais seguro para os médicos conhecer a responsabilidade em que poderiam incorrer. Como tal, um capítulo desse género deveria envolver a responsabilidade do médico por danos diretos que provocasse a nascituro, nomeadamente por receitar medicamentos lesivos do feto durante a gravidez, à progenitora ou mesmo por intervenção cirúrgica da qual resultasse lesão de nascituro.

Para além das lesões em que, efetivamente, se conseguisse provar um nexo causal direto entre a conduta médica e a lesão do feto, considero que se deveria depois entrar na secção que mais interesse aqui tem: as lesões por violação de deveres de acordo com a *leges artis*, como seriam as violações relacionadas com DPN ou com o consentimento informado. Dessa forma, para além da responsabilidade civil do médico que sempre adviria, nos casos em que houvesse um CPS violado, haverá sempre também responsabilidade civil do médico decorrente da lei, por preterição dos deveres acessórios que lhe diriam respeito.

Portanto, nesta secção incluiríamos, desde logo, um dispositivo relativo às chamadas ações de “conceção indevida” (mais uma vez com a achega de que tal

nomenclatura não deveria ser mencionada). Nesse sentido, iria ser responsável de indemnizar um casal, o profissional médico que lhes receitasse contraceptivos ou tratamentos que tivessem como fim evitar uma gravidez mas que, independentemente disso, tivessem levado ao nascimento de uma criança. Para não deixar espaço para interpretações erróneas, seria logo de excluir o direito da própria criança de pedir essa indemnização, uma vez que, regra geral, essa nascerá saudável e sem qualquer dano a indemnizar.

Subsequentemente, parecer-me-ia razoável, finalmente, introduzir as questões de “nascimento” e “vida” indevida. Uma vez que ambas as responsabilidades decorrem de um mesmo comportamento médico, sugeria que se juntassem ambas as responsabilidades num mesmo articulado com o seguinte conteúdo:

Artigo X.º

Responsabilidade por violação de deveres de informação

1. O profissional médico que, com dolo ou mera culpa, preterir deveres de informação que obstam ao exercício de consentimento informado para a prossecução de gravidez, fica obrigado a indemnizar os pais de criança que venha a nascer deficiente.
2. A criança que, na sequência do comportamento do nº1 nascer deficiente, também tem o direito a indemnização do profissional médico, a título próprio, pelos danos da sua condição.
3. A responsabilidade mencionada nos números anteriores é extensível a todos os casos em que, por dolo ou mera culpa, o profissional preteriu realização de DPN ou, realizando-o, o interpretou e/ou informou erradamente.
4. As ações previstas nos números 1 e 2 poderão ser propostas cumulativamente.

Desta forma, ficaria finalmente prevista a hipótese de indemnização quer da criança como dos pais por um mesmo comportamento médico como seja a preterição de direitos de informação que não permitiram um consentimento informado para

prossecução de gravidez da qual resultou criança deficiente que, pela sua condição, acarreta danos patrimoniais e morais.

No entanto, a simples responsabilização do comportamento não seria suficiente no que toca a legislar sobre “vidas indevidas”. Parece-me que deveriam ser promovidos igualmente dispositivos sobre quem teria legitimidade para interpor essas ações, sobretudo em nome da criança. Nesse sentido, como tivemos oportunidade de nos expressar anteriormente, acho que deveria ser atribuída a legitimidade ativa à criança, que poderia ser representada em juízo pelos seus pais ou curadores, aplicando-se na íntegra as regras dos art.ºs 16º a 18º CPC, enquanto fosse menor. Quando já não o fosse, a regra do art.º 19º do CPC quanto à representação em juízo do maior acompanhado seria também totalmente aplicável.

Não poderá também deixar de haver um artigo que mencione quer os danos patrimoniais como os morais a atender em cada ação. Assim sendo, quanto aos danos morais, como adiantei, será de permitir a valorização de ambos, quer dos pais como do filho, uma vez que a lesão é passível de originar qualquer um deles. No entanto, já quanto aos danos patrimoniais, precisamente pela possibilidade de duplicação da indemnização para as mesmas despesas, sugeriria que se exemplificassem as despesas patrimoniais que o profissional médico deveria compensar, deixando a ressalva de que o julgador, a considerar cumulativamente procedentes ações de “nascimento” e “vida indevida” deveria apenas calcular as despesas patrimoniais uma vez, distribuindo-a pelos demandantes como considerasse casuisticamente correto.

Considero que haverá todo o interesse ainda em individualizar um capítulo para uns outros agentes em especial, a serem passíveis de responsabilidade: os progenitores, nomeadamente a progenitora feminina da criança. Também já me foi possível pronunciar quanto à possibilidade de os pais, sobretudo a mãe, ser demandada pelo filho por lesões pré-natais quando ela lhas tenha provocado. Apesar de ter tentado clarificar o quanto a responsabilidade do médico nada tem a ver com a da mãe, a verdade é que não se poderá aceitar totalmente uma teoria de imunidade parental, como se os pais pudessem mesmo provocar, egoistamente, danos ao seu futuro filho sem poderem sofrer qualquer consequência. Tal não faria sequer sentido com base nas evoluções de Direito Contemporâneo que observámos e, acima de tudo, seria totalmente avesso a responder à quantidade de casos de maus tratos de menores pelos pais que atualmente se verificam.

Confesso que nem me deixa particularmente chocada pensar em legislar no sentido de responsabilizar os pais por lesões aos filhos uma vez que nem é uma solução particularmente inovadora. Como já referi, no Congenital Disabilities Act 1976 inglês, na Section 2, está mesmo prevista a responsabilidade civil da mãe de nascituro quando esse nasça com lesões resultantes de falta de dever de cuidado dela ao conduzir veículos motorizados.

Assim sendo, considero que, para clarificar a questão e mesmo para afastar da responsabilidade civil médica – e o efeito bola de neve parar de ser uma objeção às ações de “vida indevida” – deverá haver uma secção destinada a responsabilizar os progenitores por comportamentos ou omissões que violem o dever de cuidado especial que deverão ter para com os seus filhos (incluindo nascituros) e dos quais resultem lesões precisamente para o filho.

Finalmente, enquanto disposições finais, não poderá deixar de se referir a subsidiariedade do CC e CPC em todas as questões não mencionadas diretamente no diploma, quanto à responsabilidade civil. E ainda, considero que deverá sempre ser feita a ressalva de que as indemnizações por responsabilidade civil previstas no diploma não obstam ao auxílio da Segurança Social a crianças deficientes, em condições igualitárias e não discriminatórias para todas.

13. Perspetivas Futuras: a FIV

Apesar de a presente dissertação buscar a solução para um problema recente resultante das evoluções dos conhecimentos e técnicas da Medicina, como sejam as ações de “vida indevida”, a verdade é que os avanços das tecnologias não param e muitos problemas, neste contexto, se avizinham. Aliás, ao mesmo tempo que nos podemos deleitar com a ideia de novas curas e tratamentos que prorroguem a nossa longevidade, não podemos deixar de perspetivar alguns problemas conexos, como aquele que aqui debatemos, e que exigirão muita atenção mas que, principalmente, beneficiarão da solução que seja dada às *wrongful life actions*.

Desde já, antevê-se que a FIV seja uma área muito suscetível de fundamentar *wrongful actions*.

Assim, com o desenvolvimento dessa área, será de supor que, por um lado, as *wrongful birth* e *life actions* irão aumentar exponencialmente. Aliás, a título de exemplo, note-se que, no âmbito da PMA, o DGPI será tão importante como o DPN comum na procriação natural. Como tal, com a preterição dos deveres de informação médicos que exporiam a condição anómala do embrião, de que resulte nascimento de criança deficiente, poderão basear-se *wrongful birth* e *life claims* exatamente nos mesmos moldes em que as temos vindo aqui a estudar¹⁸⁶.

Por outro lado, apesar de ainda só se ter verificado um caso – nos Estados Unidos – de *wrongful surrogacy*, será de supor que o recurso cada vez maior a técnicas de PMA dê maior margem a erros médicos, podendo originar situações em que as beneficiárias dessas técnicas acabem a engravidar com embrião que não seria o seu, com consequente responsabilização do médico e da Instituição de Saúde a que esse pertence.

¹⁸⁶ Vera Raposo, (**RAPOSO**, *Op. Cit.*, pp. 950-951) faz uma distinção das *wrongful life actions* em DGPI consoante se trate de embrião uterino ou embriões *in vitro*. No primeiro caso, o poder dos pais de decidir prosseguir ou não com a gravidez sempre estará mais limitado, uma vez que haverá mesmo a destruição de uma vida; no entanto, nos casos em que o embrião ainda esteja *in vitro*, não haverá qualquer justificação para o comportamento médico, tendo os progenitores o direito absoluto de escolher transferir um embrião em boas condições em detrimento de um que esteja em mau estado. Neste último caso, a Autora entende que será o próprio princípio médico da beneficência que exigirá que se transfira o embrião em melhor estado.

Casos desse gênero e muitos mais que, provavelmente, ainda nem são de possível previsão, exigirão respostas pelos Tribunais, sobretudo que sejam coerentes e que sigam o sentido do Direito Contemporâneo. Como tal, a sua resolução beneficiará das respostas que tenham sido dadas para as ações de “vida indevida”, o que torna ainda mais premente que alguma posição seja tomada quanto a elas.

Conclusões

Em suma, quero deixar alguns pontos assentes:

- a) As ações de “vida indevida” – no contexto especificamente estudado, como seja no âmbito do exercício da Medicina por profissional médico – deverão ser consideradas procedentes, desde que devidamente verificados os pressupostos de responsabilidade civil, como *supra* especificados, tendo sempre por base uma análise casuística da situação de cada criança e do comportamento médico passível de responsabilidade;
- b) No entanto, **nenhuma** ação poderá basear-se no “dano-vida”, alegar a vida integralmente como um dano ou fundamentar pretensão no facto de preferir não ter nascido de todo;
- c) A aferição dos danos, pelos Tribunais, principalmente nos casos em que se cumulem *wrongful actions* em nome dos pais e do filho, deverá ser feita cautelosamente, avaliando tanto danos morais como patrimoniais de ambos;
- d) Nos casos em que os danos patrimoniais sejam exatamente os mesmos por ambos os Demandantes, o Tribunal deverá evitar a duplicação da indemnização, privilegiando sempre a indemnização da criança e não dos pais, uma vez que será ela a principal onerada com despesas com o seu sustento durante toda a vida;
- e) Subscrevendo a necessidade de responsabilização do médico, não me passa despercebida a necessidade de atenuação do risco que é a atividade médica, sobretudo com o desenvolvimento de novas tecnologias, insistindo na necessidade de se legislar no sentido da obrigatoriedade de contratos de seguro, principalmente por cada médico individual e independentemente do seguro da Instituição em que se insiram;
- f) E já que se apela a legislação quanto ao contrato de seguro profissional e de responsabilidade civil médica, apelo igualmente à necessidade de tomada de posição do legislador quanto aos danos pré-natais, principalmente no que diz respeito às *wrongful life actions*;

Finda a dissertação a que me propus, creio ter esgotado, dentro do limite espacial que me foi concedido, a matéria quanto às ações de “vida indevida” e, sobretudo, espero, para além de ter exposto a matéria, ter conseguido adiantar algumas soluções que me parecem urgentes, face ao que não se poderá deixar de considerar o novo estatuto da criança no Direito Contemporâneo.

Com os avanços tecnológicos que não param, os desafios ao Direito também têm de correr para lhes dar resposta e, antes que mais problemas bioéticos e de Direito da Medicina surjam – nomeadamente no que a fertilização *in vitro* diz respeito, como se pode antever – cabe resolver estes em mãos.

Acabo com a sincera manifestação de vontade de que as ações de “vida indevida” venham a ser julgadas procedentes pelos nossos tribunais mas, acima de tudo, com o desejo de que seja promulgada uma lei que promova a segurança jurídica necessária quer para médicos como doentes.

Bibliografia

- ARAÚJO, Fernando**, *A procriação e o problema da Santidade da vida*, Coimbra, Almedina, 1999;
- ARAÚJO, Marisa Almeida**, *Ser ou não ser?: As wrongful life claims*, Revista Universidade Lusíada, Faculdade de Direito, s. 2, nº 16, 2016, Documento Digital disponível em www.repositorio.ulusiada.pt;
- ALMEIDA, José Carlos Moitinho de**, *A responsabilidade civil do médico e o seu seguro in: Scientia Iuridica*, Tomo XXI, Braga, Editorial Scientia e Ars, 1972, pp. 327-355;
- BARBOSA, Mafalda Miranda**, *Em Busca da Congruência perdida em matéria de proteção da vida do nascituro – a perspetiva do direito civil in: Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. XCII, Tomo I, Coimbra, Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, 2016, pp. 23-71;
- CAMPOS, Diogo Leite de**, *Lições de Direito da Personalidade*, Lisboa, Almedina, 2000;
- CANOTILHO, José Gomes / MOREIRA, Vital**, *Constituição da República Portuguesa Anotada, Volume I, Artigos 1º a 107º*, Reimpressão, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;
- CHORÃO, Mário Emílio Forte Bigotte**, *Bioética, pessoa e o direito: para uma recapitulação do estatuto do embrião humano in: Direito Natural, justiça e política: II Colóquio internacional jurídico interdisciplinar da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, 2016, p. 1-15;
- CORDEIRO, António Menezes**, *Tratado de Direito Civil Português, Parte Geral, Pessoas*, Tomo IV, 5ª Edição Revista e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2019, pp. 281 ss;
- _____, *Direito dos Seguros*, Reimpressão da 2ª Edição, Coimbra, Almedina, 2017;

- CORREIA, Vanessa Cardoso**, *Wrongful life Action – Comentário ao Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001* in: *Lex Medicinæ*, Ano 1, nº2, Coimbra, Coimbra Editora, 2005, pp. 125-131;
- COSTA, José de Faria**, *O fim da vida e o direito penal in Liber Discipulorum para Jorge de Figueiredo Dias*, Coimbra Editora, 2003;
- DIAS, João António Álvaro**, *Dano Corporal – quadro epistemológico e aspetos ressarcitórios*, Lisboa, Almedina, 2001;
- _____, *Procriação assistida e responsabilidade médica in: Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra, Studia Iuridica 21*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996;
- DUARTE, Sara Cristina Gomes**, *Wrongful Birth, Wrongful Life e Wrongful Conception: a admissibilidade das Wrongful Actions à luz da Dogmática Comum da responsabilidade civil*, Dissertação de Mestrado em Direito Privado, Faculdade de Direito da Universidade Católica do Porto, 2017, Documento Digital disponível em www.repositorio.ucp.pt (última consulta a 11 de Maio de 2019);
- FALZON, Christopher**, *Wrongful birth and wrongful life: legal and moral issues*, Dissertação de Mestrado em Bioética, Faculdade de Teologia, Universidade de Malta, 2014, Documento Digital disponível em www.researchgate.net (última consulta a 11 de Maio de 2019);
- FRADA, Manuel A. Carneiro da**, *A Proteção juscivil da vida pré-natal – sobre o estatuto jurídico do embrião in: Revista da Ordem dos Advogados*, nº 70, 2010;
- _____, *A própria vida como um dano? – Dimensões civis e constitucionais de uma questão-limite in Revista da Ordem dos Advogados*, ano 68, vol. I, 2008, Documento Digital disponível [http://www.oa.pt/Conteúdos/Artigos/\(15.11.2016\)](http://www.oa.pt/Conteúdos/Artigos/(15.11.2016)) (última consulta a 11 de Maio de 2019);
- _____, *Uma “terceira via” no direito da responsabilidade civil? O problema da imputação dos danos causados a terceiros por auditores de sociedades*, Almedina: Coimbra, 2003;

- FRATI, Paola / FINESCHI, Vittorio / SANZO, Mariantonia Di / RUSSA, Raffaele La / SCOPETTI, Matteo / FILIBERTO, M. Severi / TURILLAZZI, Emanuela**, *Preimplantatio and prenatal diagnosis, wrongful birth and wrongful life: a global view of bioethical and legal controversies in Human Reproduction Update*, Vol. 23, No 3, 2017, p. 338-357;
- FREITAS, Tiago Figo**, *A responsabilidade penal pelo diagnóstico pré-natal in Lex Medicinæ*, Ano 7, nº 13, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- GÓMEZ, Marco Aurelio Vicente**, *Las acciones wrongful birth y wrongful life en el ordenamiento jurídico español*, Trabajo fin de grado en Derecho Privado, Universidade de Salamanca, 2015, Documento Digital disponível em www.gredos.usal.es (última consulta a 11 de Maio de 2019);
- GONÇALVES, Diogo Costa**, *O início da personalidade jurídica e a capacidade jurídica parcial (Teilrechtsfähigkeit) In: Revista de Direito Civil*, Ano III, número 3, Lisboa, Almedina, 2018, pp. 583-614;
- _____, *Personalidade vs capacidade jurídica – um regresso ao monismo conceptual? In: Revista da Ordem dos Advogados*, nº 75, 2015, p. 121-150;
- _____, *Pessoa e Direitos de Personalidade – Fundamentação Ontológica da Tutela*, Coimbra, Almedina, 2008;
- GONÇALVES, João Luís**, *Breve História do Direito das Crianças e dos Jovens*, Lisboa, Edições Vieira da Silva, 2018;
- GONZÁLEZ, José Alberto**, *Wrongful birth, wrongful life: o conceito de dano em responsabilidade civil*, Lisboa, Quid Iuris, 2014, pp. 159 ss;
- HÖRSTER, Heinrich Ewald**, *A Parte Geral do Código Civil Português*, Lisboa, Almedina, 2001;
- KERN, Gisela Hildegard**, *O valor absoluto da vida humana – limite para a responsabilidade civil in: Revista da Faculdade de Direito da Universidade do Porto*, Ano IV, Coimbra, 2007, p. 79-88;

LEITÃO, Luís Menezes, *Direito das Obrigações*, Vol.1, 15ª Edição, Lisboa, Almedina, 2018;

_____, *O dano da vida in: Cadernos de Direito Privado*, nº2, Braga, Editora CEJUR, 2012;

LIMA, Pires de / VARELA, João Antunes, *Código Civil Anotado*, Vol. 1, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;

MANSO, Luís Baptista, *Dever de esclarecimento e o consentimento informado em diagnóstico pré-natal in: Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 8, nº 16, Coimbra, Coimbra Editora, 2011, pp. 135-157;

MARQUES, Sara Ferreira, *Autonomia do menor sujeito às responsabilidades parentais*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2018, Documento Digital disponível em www.repositorio.ul.pt;

MARTINEZ, Pedro Romano, *Coletânea de Seguros*, Lisboa, AAFDL Editora, 2017;

_____, *Responsabilidade civil por acto ou omissão do médico – Responsabilidade civil médica e seguro de responsabilidade civil profissional in: Estudos em Homenagem ao Professor Doutor Carlos Ferreira de Almeida*, Volume II, Coimbra, Almedina, 2011, p. 459-486;

MARTINS, António Carvalho, *Bioética e diagnóstico pré-natal*, Coimbra, Coimbra Editora, 1996;

MAZZILLI, Elisabetta, *La acción de wrongful life en la reciente jurisprudencial del Tribunal Supremo: dudas e cuestiones abiertas*, Editorial Aranzadi, SA, Pamplona, 2012;

MONTEIRO, António Pinto, *Anotação ao Acórdão do STJ de 19 de Junho de 2001 (Direito a não nascer?)*, in *Revista de Legislação e Jurisprudência*, ano 134, nº 3933, Coimbra, Coimbra Editora, 2001, pp. 377-384;

MONTEIRO, Fernando Pinto, *Direito à não existência, direito a não nascer in Comemorações dos 35 anos do Código Civil e dos 25 anos da Reforma de 1977 –*

Parte Geral do Código e a Teoria Geral do Direito Civil, Vol. II, Coimbra, Coimbra Editora, 2006;

MONTEIRO, Jorge Sinde, *Responsabilidade por informações face a terceiros in Boletim da Faculdade de Direito*, Vol. 73, Coimbra, Coimbra Editora, 1997, p. 35-60;

_____, *Responsabilidade por Conselho, Recomendações ou Informações*, Coimbra, Almedina, 1989;

MOR, Sagit, *The Dialectics of Wrongful Life and Wrongful Birth claims In Israel: a disability critique In: Studies in Law, Politics and Society*, Volume 63, Emerald Group Publishing Limited, 2014, pp. 113-146, Documento Digital disponível www.law.haifa.ac.il (última consulta a 12 de Maio de 2019);

MORILLO, Andrea Macía, *La responsabilidade civil médica. Las llamadas acciones de wrongful birth y wrongful life in Revista de Derecho*, nº 27, Universidad del Norte, Barranquilla, 2007, pp. 3-37;

MORRIS, Anne / SAINTIER, Severine, *To be or not to be: is that the question?: wrongful life and misconceptions in Medical Law Reviews*, Oxford, vol. 11, nº 2, 2003, p. 167-193;

OLIVEIRA, Guilherme de, *Temas de Direito da Medicina*, Coimbra, Coimbra Editora, 1999;

_____, *O fim da arte silenciosa – O dever de informação dos médicos in Revista de Legislação e Jurisprudência*, Ano 128, Coimbra, Coimbra Editora, 1995, pp. 70 ss;

PATTO, Pedro Maria Godinho Vaz, *A vida, um dano indemnizável? In Brotéria (Cristismo e Cultura)*, nº 4, vol. 156, Lisboa, Revista Publicada pelos Jesuítas portugueses, 2003;

PEDRO, Rute Teixeira, *A responsabilidade civil do médico: reflexões sobre a noção da perda de chance e a tutela do doente lesado*, Coimbra, Coimbra Editora, 2008;

- PEREIRA, André Dias**, *O Consentimento Informado em Portugal: Breves notas in: Revista Eletrónica da Faculdade de Direito de França*, vol. 12, nº2, 2017, p. 23-36;
- _____, *Direitos dos pacientes e responsabilidade médica*, Coimbra, Coimbra Editora, 2015;
- _____, *Responsabilidade médica e consentimento informado. Ónus da prova e nexos de causalidade*, Conferência apresentada no Centro de Estudos Jurídicos e Judiciários da Região Administrativa Especial de Macau, 2008, Documento Digital disponível em www.estudogeral.sib.uc.pt;
- _____, *O Consentimento Informado na Relação Médico-Paciente – Estudo de Direito Civil*, Coimbra, Coimbra Editora, 2004;
- PEREIRA, Maria Margarida Silva**, *Direito da Família*, 2ª Edição Revista e Atualizada, Lisboa, AAFDL, 2018;
- PEREIRA, Rui Alves**, *Por uma cultura da criança enquanto sujeito de direitos - O Princípio da Audição da Criança in: Revista Julgar*, 2015, Documento de consulta digital disponível em www.julgar.pt (último acesso a 11 de Maio de 2019);
- PESSOTTI, Isaías**, *Deficiência mental: da superstição à ciência*, São Paulo: T.A. Queiroz: EDUSP, 1984;
- PINTO, Carlos Mota**, *Teoria Geral do Direito Civil*, Reimpressão da 4ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2012;
- _____, *Cessão da posição contratual*, Reimpressão, Coimbra, Almedina, 2003;
- PINTO, Paulo Mota**, *Indemnização em caso de “nascimento indevido” e de “vida indevida” (“Wrongful Birth e “Wrongful Life”)* in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais: Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*; Volume III, Coimbra Editora, 1ª Edição, 2007, pp. 915-947;

QUEIRÓS, A. G., *As ações de wrongful life e a legitimidade das suas pretensões*, Dissertação de Mestrado em Ciências Jurídico-Forenses na Faculdade de Direito de Coimbra, 2016, Documento de Consulta disponível em www.estudogeral.sib.uc.pt (consultado pela última vez a 11 de Maio de 2019);

RAPOSO, Vera, *Wrongful birth and wrongful life actions (the experience in Portugal as a Continental Civil Law Country in The Italian Law Journal*, 2017;

____ *O Direito à Imortalidade – O exercício de direitos reprodutivos mediante técnicas de reprodução assistida e o estatuto jurídico do embrião in vitro*, 1ª edição, Almedina, 2014;

____ *Do ato médico ao problema jurídico – Breves notas sobre o acolhimento da responsabilidade médica civil e criminal na jurisprudência nacional*, 1ª edição, Almedina, 2013;

____ *Responsabilidade médica em sede de diagnóstico pré-natal (wrongful life e wrongful birth) in: Revista do Ministério Público*, nº 132, Out-Dez, 2012, p. 71 a 125;

____ *As Wrong Actions no Início da Vida (Wrongful Conception, Wrongful Birth e Wrongful Life) e a Responsabilidade Médica in Revista Portuguesa do Dano Corporal*, 21, Coimbra, Almedina, 2010;

____ *Em nome do Pai (... Da mãe, dos dois Pais e das duas Mães) – Análise do art.º 6º da Lei nº 32/2006 in Lex Medicinae*, Ano 4, nº 7, 2007, pp. 37-51;

REYS, Lesseps Lourenço dos, *Responsabilidade Civil dos Médicos in: Revista da Faculdade de Medicina de Lisboa*, Série III, Vol. 5, Nº 5, 2014;

ROCHA, Paula Natércia, *Desafios ético-jurídicos nas comumente designadas wrongful life actions ou “de vida indevida” e tentativas para a sua superação in: Revista Julgar*, 2018, Documento de consulta digital disponível em www.julgar.pt (última consulta a 11 de Maio de 2019);

RODRIGUES, Álvaro da Cunha, *A negligência médica hospitalar na perspetiva jurídico-penal*, Coimbra, Almedina, 2013;

- RODRIGUES, Carlos Almeida**, *A problemática inerente às Wrongful Life Claims – a sua (não) admissibilidade pela jurisprudência portuguesa in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 10, nº 19, Coimbra, Coimbra Editora, 2014;
- RODRIGUES, João Vaz**, *O Consentimento Informado para o acto médico no ordenamento jurídico português (elementos para o estudo da manifestação da vontade do paciente*, Coimbra, Coimbra Editora, 2001;
- ROSA, João Pires da**, *Não existência, um direito? In: Revista Julgar*, nº 21, Coimbra, Coimbra Editora, 2013, pp. 47-55;
- SILVA, Sara Gonçalves da**, *Vida indevida (Wrongful Life) e Direito à não existência in: Repositório das Universidades Lusíada*, 14, 2017, pp. 123-158, Documento Digital disponível em www.repositorio.ulusiada.pt (última consulta a 18 de Maio de 2019);
- SIMÕES, Fernando Dias**, *Vida Indevida? As ações por wrongful life e a dignidade da vida humana in Revista de Estudos Politécnicos*, Vol. VIII, nº 13, 2010, p. 187-203;
- SOARES, Susana Isabel**, *O menor e a família no Direito Português*, Dissertação de Mestrado Profissionalizante em Ciências Jurídico Forenses, Faculdade de Direito da Universidade de Lisboa, 2015, Documento Digital disponível em www.repositorio.ul.pt;
- SOUSA, Rabindranath Capelo de**, *O Direito Geral de Personalidade*, Coimbra, Coimbra Editora, 1995;
- SOTTOMAYOR, Maria Clara**, *Regulação do Exercício das Responsabilidades Parentais nos casos de Divórcio*, 6ª Edição Revista, Aumentada e Atualizada, Coimbra, Almedina, 2014;
- _____, *Temas de Direito das Crianças*, Almedina, 2014;
- _____, *A autonomia do direito das crianças in: Estudos em Homenagem a Rui Epifânio*, Coimbra, Almedina, 2010, p. 79-88;

- _____. *A representação da infância nos tribunais e a ideologia patriarcal in Escritos de Direito das Famílias: uma perspectiva luso-brasileira*, Magister Editora, 2008, pp. 285-307;
- TELLES, Inocêncio Galvão**, *Direito das Obrigações*, Reimpressão da 7ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- _____. *Introdução ao Estudo do Direito*, Vol. II, 10ª Edição, Coimbra, Coimbra Editora, 2010;
- TREGONING, Tara**, *An Analysis of wrongful birth and wrongful life claims in South Africa*, tese para atribuição do grau de MPhil (Medical Law and Ethics), Faculdade de Direito da Universidade de Pretoria, 2016, Documento Digital disponível em www.repository.up.ac.za (última consulta a 11 de Maio de 2019);
- VANGESSEL, Melissa M.**, *Wrongful Surrogacy: the need for a right of action in cases of clear negligence in: The University of Toledo Law Review*, Volume 46, number 3, 2015, pp. 681-707;
- VASCONCELOS, Pedro Pais de Vasconcelos**, *Teoria Geral do Direito Civil*, 8ª Edição, Lisboa, Almedina, 2015;
- _____. *A posição jurídica do pai na interrupção voluntária da gravidez in: Pessoa Humana e Direito*, Coimbra, Almedina, 2009, pp. 381-410;
- VICENTE, Marta Nunes**, *Algumas reflexões sobre as ações de wrongful life: a jurisprudência Perruche in Lex Medicinæ – Revista Portuguesa de Direito da Saúde*, Ano 6, nº 11, Coimbra, Coimbra Editora, 2009, pp. 117-141;
- WOLFF, Richard E.**, *Wrongful Life: a modern claims which conforms to the traditional tort Framework in William & Mary Law Review*, Volume 20, Issue 1, Article 5, 1978, Documento Digital disponível em www.scholarship.law.wm.edu/wmlr/vol20/iss1/5 (última consulta a 11 de Maio de 2019);

Jurisprudência Nacional

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL:

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 55/2016, de 14 de Março, processo número 662 15, relator: Conselheiro Teles Pereira, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

Acórdão do Tribunal Constitucional nº 225/2018, de 7 de Maio de 2018, processo número 95/17, relator: Conselheiro Pedro Manchete, disponível em www.tribunalconstitucional.pt;

SUPREMO TRIBUNAL DE JUSTIÇA:

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 19 de Junho de 2001, processo número 01ª1008, relator: Conselheiro Pinto Monteiro, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 17 de Janeiro de 2013, processo número 9434/06.6TBMTS.P1.S1, relator: Conselheira Ana Paula Boularot, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Acórdão do Supremo Tribunal de Justiça de 3 de Março de 2014, processo número 436/07.6TBVRL.P1.S1, relator: Conselheira Álvaro Rodrigues, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE COIMBRA:

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 29 de Janeiro de 2013, processo número 475/04.9TBANS.C1, relator: Desembargadora Sílvia Pires, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Coimbra de 8 de Março de 2017, processo número 232/13.1GBTCS.C1, relator: Desembargador José Eduardo Martins, disponível em www.dgsi.pt;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DE LISBOA:

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 12 de Junho de 2002, processo número 0076023, relator: Desembargadora Teresa Féria, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 10 de Janeiro de 2012, processo número 1585/06.3TCSNT.L1-1, relator: Desembargador Rui Vouga, disponível em <http://www.dgsi.pt>;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 22 de Outubro de 2015, processo número 26917/13.4T2SNT-A.L1-2, relator: Desembargador Vaz Gomes, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação de Lisboa de 8 de Fevereiro de 2018, processo número 2043/16.3T8SNT.L1-6, relator: Desembargadora Cristina Neves, disponível em www.dgsi.pt;

TRIBUNAL DA RELAÇÃO DO PORTO:

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 21 de Abril de 1999, processo número 9810752, relator: Desembargador Marques Pereira, disponível em www.dgsi.pt;

Acórdão do Tribunal da Relação do Porto de 24 de Janeiro de 2006, processo número 0525962, relator: Desembargador Mário Cruz, disponível em www.dgsi.pt;

Jurisprudência Estrangeira

Bonbrest v Kotz, 06.03.1946, 65 F. Supp. 138;

Bundesgerichtshof de 18 de enero de 1983, in *JZ*, disponível em www.bundesgerichtshof.de;

Cour de Cassation 20.05.1936, *arrêt Mercier*, disponível em www.courdecassation.fr;

Cour de Cassation 17.11.2000, *arrêt Perruche*, disponível em www.courdecassation.fr;

Corte di Cassazione, 02.10.2012, no 16754, disponível em www.cortedicassazione.it;

Corte di Cassazione, 22.12.2015, no 25767, disponível em www.cortedicassazione.it;

Curlender v. Bio-Science Laboratories, 11.06.1980, 106 Cal. App 3d811, 165 Cal. Rptr.477;

Custodio v. Bauer, 24.05.1967, 251 Cal. App. 2d 307;

Dietrich v Inhabitants of Northampton, 17.09.1884, 138 Mass. 14;

E.L.H. and P.B.H v The United Kingdom, 22.10.1997, nº 32094/96 e nº 32568/96;

Friedman v. Glicksman, 1996, 59 THRHR 711;

Gleitman v. Cosgrove, 06.03.1967, 49 N.J. 22, 227 A. 2d 689;

Goller v White, 28.06.1963, 20 Wis. 2d 402;

H v. Fetal Assessment Centre, 11.12.2014, case CCT74/14, disponível em www.saflii.org;

Hammer et al. v Prof Amit et al., 2012, CA 1326/07 (Hebrew);

Harbeson v. Parke-Davis, Inc., 06.01.1983, 98 Wn.2d 460, 656 P.2d 483;

Hewellette v George, 01.04.1891, 68 Miss. 703;

Hoge Raad, 18.03.2005, disponível em www.ncbi.nlm.gov;

McKay v. Essex AHA, 1982, 2 All ER771 (CA);

Park v. Chessin, 11.12.1977, 60 A.D. 2d 80;

Procanik v. Cillo, 01.08.1984, 97 N.J. 339, 478 A.2d 755, disponível em www.law.justia.com;

R.V. v Maccabi Healthcare Services, 2008, 3344/04 (Hebrew);

Schwangerschaftsabbruch II, 28.05.1993;

Stallman v. Youngquist, 21.11.1988, 125 III. 2d 267, 531 N.E.2d 355;

Stewart and another v. Botha and another, 03.06.2008, case number: 340/07, disponível em www.saflii.org;

Stills v. Gratton, 25.02.1976, 55 Cal.App.3d 698;

STS 6 de junio de 1997, 3439/1997, RJ\1997\4610, disponível em www.poderjudicial.es;

STS 4 de febrero de 1998, 1242/1998, RJ\1998\748, disponível em www.poderjudicial.es;

STS 7 de junio de 2002, 581/2002, RJ\2002\5216, disponível em www.poderjudicial.es;

STS 16 de junio de 2010, RJ\2010\5716, disponível em www.poderjudicial.es;

Turpin v. Sortin, 03.05.1982, 31 Cal.3d 220, 643 P.2d 954;

Williams v. State of New York, 29.12.1966, 18 N.Y.2d 481;

Zeitsov v Katz, 1986, CA 512/81 IsrSC 40(2) 85 (Hebrew);

Zepeda v. Zepeda, 03.04.1963, 41 III, App. 2d 240, 190 N.E. 2d 849;

As decisões jurisprudenciais norte-americanas citadas encontram-se disponíveis online em www.leagle.com.

As decisões jurisprudenciais californianas citadas encontram-se disponíveis online em www.law.justia.com.

Apêndices

APÊNDICE A – AS “WRONGFUL ACTIONS” POR ATO MÉDICO

	<i>Wrongful Actions</i>			
	<i>Surrogacy</i>	<i>Conception</i>	<i>Birth</i>	<i>Life</i>
<i>Demandante</i>	Pais	Pais	Pais	Filho
<i>Demandado</i>	Médico			
<i>Causa de Pedir</i>	Inseminação de mulher com embrião de casal terceiro e não o seu	Gravidez de mulher que estava medicada para não engravidar	Nascimento de criança deficiente com preterição do consentimento dos pais por violação de deveres de informação	
<i>Pedido</i>	Indemnização por fertilização mal realizada	Indemnização por nascimento que não deveria ter ocorrido	Indemnização por nascimento de filho deficiente	Indemnização por ter nascido deficiente
<i>Posição Jurisprudencial Maioritária</i>	Procedente	Procedente	Procedente	Improcedente

**APÊNDICE B – POSIÇÕES JURISPRUDENCIAIS COMPARADAS QUANTO À
PROCEDÊNCIA DAS AÇÕES**

	<i>Wrongful Birth</i>	<i>Wrongful Life</i>	<i>Legislação Específica</i>
<i>África do Sul</i>	Sim	Não	
<i>Alemanha</i>	Sim	Não	
<i>Austrália</i>	Sim	Não	<u><i>Civil Liability Act 2002, sections 70-1</i></u> – permite que só os pais sejam compensados mas com danos limitados aos custos adicionais de criar criança com deficiência, por causa da deficiência
<i>Chile</i>	Não	Não	Nenhuma é possível porque o aborto é legalmente proibido em todos os casos
<i>Espanha</i>	Sim	Sim	
<i>EUA</i>	Sim, maioritariamente	Não, salvo na Califórnia, Maine, New Jersey e Washington	<u><i>The Utah Wrongful Life Act 1983</i></u> – ninguém pode intentar ação por não ter deixado de nascer por comportamento de outrem <u><i>Section 2931 of the Maine Health Security Act 2013, title 24</i></u> – poderá haver indemnização da criança mas com os danos limitados aos provenientes da deficiência

<i>França</i>	Sim	Não	<u>Loi 2002-303 du 4 mars</u> – ninguém pode beneficiar de ação por considerar a sua própria vida um dano
<i>Holanda</i>	Sim	Sim	
<i>Inglaterra</i>	Sim	Não	<u>Congenital Disabilities (Civil Liability) Act 1976</u> – os médicos só são responsáveis pelos danos que causam diretamente
<i>Itália</i>	Sim	Não	
<i>Israel</i>	Sim	Não	
<i>Portugal</i>	Sim	Não	

**APÊNDICE C – PRESSUPOSTOS DE RC NAS “WRONGFUL BIRTH” VS
“WRONGFUL LIFE” ACTIONS**

	<i>WRONGFUL BIRTH</i>	<i>WRONGFUL LIFE</i>
<i>FACTO</i>	Preterição de DPN, má interpretação e/ou informação de DPN	Preterição de DPN, má interpretação e/ou informação de DPN
<i>ILICITUDE</i>	<u>Contratual</u> : violação de deveres do CPS; <u>Extracontratual</u> : viola os direitos ao planeamento familiar, autodeterminação, liberdade reprodutiva (art.º 70º CC, art.º 24º e 26º CRP)	<u>Contratual</u> : deveres de proteção decorrentes do CEPT; <u>Extracontratual</u> : direito à vida com qualidade de saúde; direito à conceção normal/saudável
<i>CULPA</i>	Art.º 487º - médico médio teria sugerido, interpretado ou informado do DPN	Art.º 487º - médico médio teria sugerido, interpretado ou informado do DPN
<i>DANO</i>	<u>Vida com deficiências sem preparação dos pais</u>	<u>Vida com deficiências sem preparação dos pais</u>
<i>NEXO</i>	Indireto	Indireto

APÊNDICE D – CORREÇÃO DAS OBJEÇÕES AO PRESSUPOSTO DO DANO

OBJEÇÃO	CORREÇÃO
1. Santidade da Vida Humana – vida não pode ser vista como dano;	1. Não é a Vida Humana que é vista como dano;
2. Dano-Vida;	2. Dano-Vida Deficiente;
3. Viola dignidade da pessoa humana;	3. Respeita a dignidade da pessoa ao dar-lhe condições dignas de vida;
4. Estigmatização da criança;	4. Indemnização não interfere no amor pela criança;
5. Indisponibilidade da vida humana;	5. Não se quer qualquer restituição <i>in natura</i> ou morte assistida;
6. Criança-Objeto de enriquecimento dos pais;	6. As pessoas podem ser objeto de direitos, nos seus interesses, como <i>p.e.</i> nos direitos de personalidade;
7. Comparação Vida-Não Vida;	7. Comparação Vida Deficiente-Vida Saudável;
8. Comercialização da vida da criança ao ser-lhe dado valor pecuniário;	8. O mesmo ocorre com os danos morais e é plenamente aceite;
9. “Slippery Slop”	9. Falta de ilicitude por direito de procriação dos pais, caso prossigam uma gravidez com anomalia congénita;

APÊNDICE E – RC POR “WRONGFUL LIFE” DO MÉDICO VS DOS PAIS

	<i>RC do médico por “wrongful life”</i>	<i>RC dos pais por “wrongful life”</i>
<i>Facto</i>	Omissão de prática, interpretação e/ou informação de DPN	Omissão de IVG e opção de prosseguir gravidez
<i>Ilícito</i>	<u>Contratual</u> : deveres de proteção decorrentes do CPS (contrato com eficácia para proteção de terceiros); <u>Extracontratual</u> : direito à vida com qualidade de saúde	Não viola qualquer direito da criança
<i>Culpa</i>	Art.º 487º/2 CC - médico médio teria sugerido, interpretado ou informado do DPN	Art.º 487º/2 CC – não era o comportamento do homem médio
<i>Dano</i>	Vida <u>com deficiências sem preparação dos pais</u>	Vida <u>com deficiência</u>
<i>Nexo</i>	Indireto	Indireto

Conclusões:

- Não há qualquer dever dos pais a praticar IVG, podendo livremente decidir, à luz da sua liberdade reprodutiva se querem ou não prosseguir a gravidez;

- Será sempre de supor que as gravidezes que os progenitores prosseguem sejam aquelas em que o médico alerta para o nascimento de criança com deficiências “leves” e não casos extremos em que as crianças nasçam sem membros ou mesmo com poucos meses de vida;
- Não se viola o direito a nascer saudável porque a criança nunca teve essa possibilidade, uma vez que a doença é congénita;
- Não se viola o direito à vida com qualidade de saúde porque, ao decidir prosseguir a gravidez, os pais “comprometem-se” a ter meios e sabem ter – patrimoniais e afetivos – para atenuar as consequências da deficiência, o que já não aconteceria no caso de falta de informação; nesse caso, há responsabilidade do médico porque, por falha sua, os pais não poderão consentir na prossecução da gravidez e não têm meios para providenciar uma vida com qualidade de saúde ao filho;
- Na responsabilidade dos pais falta o principal dano de “impreparação dos pais”, com danos consequências na qualidade de saúde do filho;
- O nexo da responsabilidade de ambos é indireto porque nenhum dos Demandados provocou a doença;
- Portanto, a grande diferença encontra-se no facto de que: se os pais sabem e prosseguem a gravidez é porque têm meios para dar qualidade de saúde ao filho e o filho não poderá alegar danos para além da deficiência, que sempre existiria; se os pais não sabem podem mesmo não ter meios, razão pela qual o filho tem danos consequenciais da falta de preparação dos pais, responsabilizando o culpado por isso: o médico.

**APÊNDICE F – PREENCHIMENTO DOS PRESSUPOSTOS DE RC DA MÃE
PERANTE O NASCITURO POR COMPORTAMENTOS DE RISCO**

	<i>Condução Perigosa resultante em acidente de viação durante a gravidez que provoque lesão à criança</i>	<i>Consumo de drogas durante a gravidez que provoque lesão à criança</i>
<i>Facto</i>	Condução perigosa	Consumo de álcool
<i>Ilícito</i>	Viola direito a nascer saudável da criança	Viola direito a nascer saudável da criança
<i>Culpa</i>	Art.º 487º/2 – não era o comportamento do homem médio	Art.º 487º/2 – não era o comportamento do homem médio
<i>Dano</i>	Vida <u>com deficiência</u>	Vida <u>com deficiência</u>
<i>Nexo</i>	Direto	Direto

Conclusões:

- Há um especial dever de cuidado e de garante da mãe perante o nascituro;
- Em ambos os casos havia uma grande probabilidade de a criança nascer sem a lesão. Portanto, viola-se o direito a nascer saudável, uma vez que havia a

possibilidade de nascer sem a lesão, só sendo essa violada por comportamento de outrem;

- O foco é feito na deficiência que advém do comportamento e **não no nascimento**;
- O nexo é direto porque é a conduta da mãe que provoca diretamente a lesão;
- Não há conflito de direitos uma vez que, tanto no consumo de drogas como na condução perigosa porque não há qualquer direito da mãe que permita essas condutas e essas já são mesmo ilícitas por si, mesmo que sem qualquer lesado.